النظرية العامة للالتزام

أحكام الالتزام

الدكتور
نبيل ابراهيم سعد
أستاذ ورئيس قسم القانون المدني
كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
المحامى بالنقض

٢٠٠٥

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية ت ٨٦٨٠٩٩

النظرية العامة للالتزام

أحكام الالتزام

مقدمة

من خلال هذه المقدمة نود أن نعرض لثلاث نقاط على التوالى **أولاً**: تعريف الالتزام وكيفية عمل نظرية الالتزام. **ثانياً**: أحكام الالتزام وقانون الائتمان. **ثالثاً**: موضوع وخطة الدراسة.

أولاً - تعريف الالتزام وكيفية عمل نظرية الالتزام:

يمكن تعريف الالتزام بأنه "رابطة قانونية بين شخصين، يلتزم بمقتضاها أحدهما، ويسمى المدين، بأن يقوم بأداء مالى معين لمصلحة شخص آخر، ويسمى الدائن، ويكون المدين مسئولاً عن دينه، كقاعدة عامة، فى كافة أمواله"[1].

ويجب أن نشير منذ البداية إلى أن هذه الرابطة لها وجهان: إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن فتسمى بالحق الشخصى أو حق الدائنية، وذلك لأن للدائن بمقتضاها الحق فى مطالبة المدين بما عليه من أداء، ووسيلته فى ذلك، كقاعدة عامة، الدعوى. وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين تسمى التزاماً وذلك لأن المدين هو الذى يقع عليه عبء الوفاء بالاداء الذى التزم به للدائن. وعلى ذلك فالالتزام هو الوجه السلبى للحق الشخصى، فالحق للدائن والالتزام على المدين[2].

وهذا التعريف يكشف لنا عن ثلاث خصائص للالتزام وهى:

١- الالتزام رابطة قانونية بين شخصين الدائن والمدين:

وتعتبر هذه الرابطة هى جوهر الالتزام، وذلك راجع إلى أن طبيعة الالتزام تحتم أن يتعين، منذ البداية، أحد طرفى الرابطة أو العلاقة، وهو المدين. كما يلزم أن يتعين الدائن كأصل عام منذ البداية، وان كان من الممكن أو من المتصور أن يكون قابلاً للتعيين فى المستقبل، على أن يلزم فى جميع الاحوال أن يكون معيناً هو الآخر وقت التنفيذ.

وتحديد شخص المدين فى الالتزام منذ البداية باعتباره الطرف الذى يقع على عاتقه أداء معين فى مواجهة الدائن يعتبر الخط الفاصل بين الحق الشخصى والحق العينى. فان الحق الشخصى أو حق الدائنية يوجد واجب خاص يقع على عاتق شخص معين هو المدين، أما فى حالة الحق العينى، فانه يوجد واجب عام على

---

(١) اسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، فقرة ١٦٥، ص ٣٠. وانظر فى الفقه الفرنسى
- Alex Weill et François Terré, droit civil. les obligations. 4e éd. no1 p. 1

(٢) - A. Weill, F Terré, op. cit.

الكافة باحترام ما للشخص من سلطة مباشرة على شئ معين، وبالتالى فلا يوجد مدين بذاته. كما أن الواجب الخاص الذى يقع على المدين فى الالتزام يكون عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، بينما الواجب العام على الكافة لا يدخل ضمن عناصر أية ذمة مالية لمن يقع عليهم هذا الواجب.

وإذا كان أهم ما يميز الالتزام أنه رابطة بين شخصين، إلا أن أهم ما يميز هذه الرابطة أنها رابطة قانونية. فالالتزام واجب قانونى، أى أنه واجب يكفل القانون احترامه، والقاعدة أن الوسيلة إلى ذلك هى الدعوى، يمنحها القانون لصاحب الحق الدائن، ليقتضى حقه من مدينه. لكن إذا كان كل التزام واجباً فانه ليس كل واجب التزاماً. فالالتزام واجب قانونى[1]. وهذا ما يميزه عن غيره من الواجبات الخلقية والمجاملات. فالالتزام واجب قانوني يرتب أثراً تحميه الدولة ويمكن المطالبة به أمام القضاء وذلك بخلاف الواجبات الخلقية والمجاملات.

غير أنه فى بعض الأحوال يكتفى القانون بحماية ناقصة، وهذا هو الالتزام الطبيعى. فالالتزام الطبيعى التزام قانونى، أى على المدين واجب قانونى، فإذا أداه باختياره قاصداً أن يوفى التزاماً طبيعياً لا يعتبر متبرعاً، ولا يجوز له أن يسترد ما أداه. أما ان لم يوف به المدين باختياره فليس للدائن من سبيل إلى اجباره على الوفاء، وذلك لان حماية القانون لا تتوافر كاملة[2].

٢- الطبيعة المالية للالتزام، الخصيصة الاساسية للالتزام هى مالية الاداء الذى يلتزم به المدين. فالالتزام واجب قانونى يمكن تقديره بالنقود. لذلك فإن الالتزام يكون عنصراً سلبياً فى ذمة المدين، وفى المقابل يعتبر عنصراً إيجابياً باعتباره حقاً فى ذمة الدائن.

هذه الخصيصة الاساسية للالتزام هي التى تميز الالتزام عن الواجبات القانونية الأخرى التى لا يكون الأداء فيها مالياً كواجب الخدمة العسكرية، وواجبات الأسرة، كواجب الزوجة طاعة زوجها، وواجب الابناء طاعة الأب، كل هذه الواجبات تعتبر واجبات قانونية لكنها لا تعتبر التزاماً بالمعنى الفنى الدقيق.

٣- مسئولية المدين فى تنفيذ التزامه فى جميع أمواله: هذا العنصر يفسر كيف تعمل نظرية الالتزام، بل كيف يعمل النشاط الاقتصادى كله، وخاصة الائتمان، كما أن هذا العنصر يكشف عن أهمية نظرية الالتزام ليس فى الوقت الحاضر فحسب. بل فى القوانين القديمة.

---

(١) - Jean Carbonnier, Droit Civil, les obligations, t. 4 p; 16.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٣. أستاذنا الدكتور توفيق فرج، دروس فى النظرية العامة للالتزام، ١٩٨١، ص ١٠، ١١.

فى القانون الروماني كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، مصدراً للسلطة، تبدأ قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه. فقد كانت الانظمة القانونية التى لم تبلغ بعد حداً من التطور لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين، وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل القانونية فان فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق، بطبيعة الحال، مع عقلية هذا العصر وتدل على افتقار هذه الانظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

أما فى المجتمعات الحديثة فقد أصبح الالتزام علاقة بين ذمتين، وسيلة مجردة يتحقق بواسطتها تبادل بعض القيم الاقتصادية. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أى قيمة لدى الدائن. حيث أن كل ما يهم هذا الدائن هو الحصول على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها. كما أن استرقاق المدين أو سجنه وبيعه أصبح يتعارض مع التطور الحديث للنظام العام أو الآداب.

ولذلك فان القوانين الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن فى الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب وذلك على النحو الذى سوف نراه على مدار هذه الدراسة لاحكام الالتزام.

فان لم تُجْدِ هذه الوسائل فى حمل المدين على التنفيذ أو إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. فان لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً فليس أمام الدائن إلا أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى. والتنفيذ الجبرى، عيناً كان أو بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه. وهذه الاموال هى الضامنة للوفاء بالتزاماته. وهذا ما يسمى بالضمان العام كما سوف نرى فيما بعد.

والضمان العام يعنى أن أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه، وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون.

مقتضى ذلك أنه إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً واختياراً فانه يتم الحجز على أمواله بمقتضى حكم من القضاء أو أى سند تنفيذى آخر، وبيعها بالمزاد العلنى، ويحصل جميع الدائنين، على قدم المساواة، على حقوقهم من حصيلة هذا البيع. فإذا كانت هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوق الدائنين كاملة كان بها وانتهى الامر. وإذا لم تكن هذه الحصيلة كافية للوفاء بحقوقهم كاملة توزع هذه الحصيلة عليهم بنسبة دين كل منهم، أى تقسم قسمة غرماء فيما بين الدائنين.

إلى جانب حق الضمان العام للدائنين يوجد الضمان الخاص الذى يخول للدائن الاولوية والتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة. ويستطيع الدائن أن يحصل على هذه الوسائل القانونية للتقدم اما بمقتضى اتفاق خاص مع الدائن، كما هو الحال بالنسبة للرهن، الرسمى والحيازى، واما بمقتضى حكم من القضاء، كحق الاختصاص، واما بحكم القانون لصفة فى الدين، كما هو الحال بالنسبة لحقوق الامتياز.

والدائن المزود بأحد هذه الحقوق يستطيع أن يحصل على كامل حقه من قيمة العين أو الاعيان المحملة بهذا الحق بالاولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة. فان لم تكن قيمة هذه العين أو الاعيان تكفى للوفاء بكامل حقه فان الدائن يرجع بما تبقى له على الضمان العام لمدينه باعتباره دائناً عادياً، ويخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين.

ثانياً – أحكام الالتزام وقانون الائتمان:

ان النظرية العامة للالتزام تتضمن الاصول العامة التى تشترك فيها الالتزامات رغم اختلاف صورها العملية، ولذلك فان نظرية الالتزام تعد، بحق، العماد الذى يرتكز عليه النشاط الاقتصادى والمالى فى المجتمع. كما أن أحكام الالتزام، بصفة خاصة، تعتبر حجر الزاوية فى قانون الائتمان وذلك من عدة نواح:

١– فمن خلال دراستنا لأحكام الالتزام سنقف طويلاً أمام حق الضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمحافظة عليه. فحق الضمان العام يمثل النطاق العام لحماية الدائن، أو الحد الادنى لهذه الحماية. كما أن حق الضمان العام يفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادى فى المجتمع ككل.

٢– ان دراسة الوسائل والاساليب الفنية التى تعمل علي وصول الدائن إلى حقه وكذلك دراسة وسائل حمل المدين على تنفيذ الالتزام، كالحق فى الحبس، والتهديد المالى، والشرط الجزائى وما إلى ذلك، تكشف عن التنظيم القانونى الذى يعمل الائتمان من خلاله.

٣– نحن نعلم أن الائتمان يقوم على الثقة، وأن هذه الثقة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد والزمن. بمعنى أنه لا يتصور الائتمان بدون وجود عنصر الزمن، لأن الائتمان يفترض أن يكون أداء أحد الطرفين ممتداً فى الزمان؛ وبالتالى قصد المستقبل. ولذلك سوف نجد أن دراسة الاجل فى أحكام الالتزام هى دراسة لأهم أجزاء الائتمان، وأن كانت دراستنا له هنا تتسم بالطابع الفنى المحض.

٤– ان دراسة وسائل ضمان تنفيذ الالتزام كالتضامن والتضامم، وعدم القابلية للانقسام والدعوى المباشرة، والانابة الناقصة، والمقاصة، تشكل أهم عناصر قانون الائتمان.

٥- ان دراسة انتقال الالتزام تشكل حجر الزاوية فى قانون الائتمان. فالائتمان لا ينهض ولا ينتشر إلا عن طريق تسهيل تداول الحقوق.

ناهيك عن الدراسات التفصيلية الاخرى والتى تعمل على تشجيع الائتمان وتسهيله[1].

ثالثاً - موضوع وخطة الدراسة:

نتناول فى هذا الجزء دراسة أحكام الالتزام، وهى دراسة الالتزام مجرداً عن مصدره، ولذلك كانت معظم قواعده عامة التطبيق على كافة صور الالتزام أياً كان المصدر الذى نشأ عنه. وإذا كانت قواعد نظرية الالتزام، فى قسميها، تتميز بأن التجريد فيها، وبالتالى التعميم، قد بلغ حداً لم يبلغه فى أى فرع آخر من فروع القانون، فان القسم الثانى من هذه النظرية والمتعلق بالاحكام يعتبر أكثر تجريداً وعمومية من القسم الأول.

ولذلك فان هذه الدراسة ستتناول، أولاً: آثار الالتزام، فندرس فيه آثار الالتزام البسيط، ثم نعقبها بدراسة للالتزام فى صورته المركبة نتيجة وصف من الاوصاف أو قيد من القيود. ثانياً: ندرس انتقال الالتزام سواء من ناحيته الايجابية، أى حوالة الحق أو من ناحيته السلبية، أى حوالة الدين أو إنتقال المركز العقدى بما يتضمن من حقوق والتزامات وغيرها فى التنازل عن العقد. ثالثاً: ندرس الاسباب المختلفة لانقضاء الالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة على النحو التالى:

القسم الاول: آثار الالتزام.

الباب الاول: آثار الالتزام بوجه عام.

الباب الثانى: الاوصاف والقيود المعدلة لأثر الالتزام.

القسم الثانى: انتقال الالتزام

الباب الاول: حوالة الحق.

الباب الثانى: حوالة الدين.

الباب الثالث: التنازل عن العقد.

القسم الثالث: انقضاء الالتزام

الباب الاول: انقضاء الالتزام بالوفاء.

الباب الثانى: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

الباب الثالث: انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء.

---

(١) انظر مؤلفنا، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠.

القسم الأول
آثار الالتزام

١- أثر الالتزام هو وجوب تنفيذه:

ان أثر الالتزام، أيا كان مصدره، هو وجوب تنفيذه. مما لا شك فيه أن احترام الالتزامات أصبح الآن من الضرورات القصوى للحياة القانونية والاقتصادية وانه لمن السهل تصور مدى ما يلحق هذه الحياة من اضطراب إذا ما تخلف المدينون فجأة عن الوفاء بالتزاماتهم. ان عدم تنفيذ الالتزام يعد انقطاعاً للتوازن الاقتصادى المؤسس على الثقة المشروعة فى المعاملات والتى فى نهاية الامر قد انخدعت.

فإذا كان الالتزام رابطة قانونية بين شخصين، الدائن والمدين إلا أن عدم تنفيذه قد يمس الغير من قريب أو من بعيد، لما لعدم التنفيذ من صدى اجتماعى واقتصادى، فالحياة الاقتصادية والاجتماعية ما هى إلا سلسلة من الالتزامات متداخلة الحلقات.

والاصل هو التنفيذ العينى للالتزام، أى يقوم المدين بأداء عين ما التزم به. لأن هذا ما ينتظره الدائن ويرتب عليه شئونه ولذلك نجد أن المبدأ هو أن "ينفذ الالتزام جبراً على المدين" فيجبر المدين، بعد اعذاره، على تنفيذه عيناً، متى كان ذلك ممكناً فإذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، أو إذا كان فى هذا التنفيذ مساس بشخصه أو ارهاق له، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وبين الامكان والاستحالة رصد المشرع العديد من الوسائل التى تؤدى إلى ادراك التنفيذ العينى مباشرة دون تدخل شخصى من جانب المدين، أو التى تؤدى إلى حمل المدين نفسه على تنفيذ التزامه عيناً كما سوف نرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

وقد يقوم المدين بالتنفيذ العينى أو بمقابل طوعاً أو اختياراً أو قد لا يقوم بذلك، وهنا ندخل منطقة التنفيذ الجبرى ووسائل التنفيذ الجبرى متعددة. فقد يكون بوسيلة التنفيذ القهرى عن طريق السلطة العامة، كان يجبر المدين على تسليم الارض التى التزم بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبرى عن طريق الحجز على أموال المدين. وكل ذلك لا يصدق، بطبيعة الحال، إلا بالنسبة للالتزام المدنى دون الالتزام الطبيعى. فما هو اذن حكم الالتزام الطبيعى؟

٢- الالتزام الطبيعى:

ان السمة الواضحة للالتزام الطبيعى هو عدم جواز تنفيذه قهراً عن المدين. ولذلك يجب أن نقف على فكرة الالتزام الطبيعى، ثم نعرض بعد ذلك لنطاقه القانونى.

أولاً – فكرة الالتزام الطبيعي:

سنعرض باختصار لماهية هذا الالتزام وتطوره لنقف على الفرق بينه وبين الالتزام المدني.

(١) التعريف به: سبق أن رأينا أن جوهر الالتزام هو الرابطة القانونية، ومالية الاداء، ومسئولية المدين عن تنفيذ التزامه في جميع أمواله. ولاستكمال بيان ماهية الالتزام يجب تحليل تلك الرابطة إلى عناصرها الاولية التي تتكون منها. وقد أثبتت الدراسات التاريخية أن فكرة الالتزام لم تنشأ إلا باجتماع عنصرين، هما عنصر المديونية وعنصر المسئولية. فالعنصر الأول، المديونية، تعبر عن الواجب الذى يفرض على الشخص القيام بأداء معين، سواء كان عملاً سلبياً أو ايجابياً، لمصلحة شخص آخر له حق تلقى هذا الاداء. وتقضى المديونية بالوفاء الاختيارى ولا تخول الدائن أية سلطة لقهر المدين على الوفاء. أما العنصر الثانى، المسئولية، فمقتضاها يكون المدين مسئولا عن تنفيذ دينه، أى رابطة المسئولية هى التى تضمن للدائن حصوله على حقه، إذ أن جوهرها هو فكرة القهر والاجبار، فيكون للدائن أن يستأدى حقه قهراً[١].

وعلى ضوء هذا نستطيع أن نقول أن الالتزام المدنى هو الالتزام الذى يتحقق فيه عنصرا المديونية والمسئولية. ولهذا يستطيع الدائن أن يجبر المدين على تنفيذه، أى يمكن تنفيذه جبراً على المدين، وهذا هو الوضع العادى للالتزام[٢].

أما الالتزام الطبيعي فهو التزام ناقص[٣]، أى لا يتضمن سوى عنصر واحد وهو عنصر المديونية دون عنصر المسئولية. ويترتب على ذلك أنه لا جبر فى تنفيذه. لكن يترتب على توافر عنصر المديونية فى الالتزام الطبيعى أن المدين يستطيع، استجابة لعنصر الواجب الذى يقع على عاتقه، أن يقوم بتنفيذه تنفيذا اختيارياً، رغم علمه بأن القانون لا يجبره على هذا التنفيذ وفى هذه الحالة يعتبر الوفاء الذى يقوم به المدين بارادته وفاء صحيحاً، ولا يعد تبرعاً، ولا يستطيع أن يسترد ما أداه طالما أنه عالم بأنه يوفى بالتزام طبيعى. كما أن تعهد المدين بتنفيذ الالتزام الطبيعى ينشئ التزاماً مدنياً فى ذمته. وهذا التعهد لا يعد تبرعاً بل يجد سببه فى قصد الوفاء بالالتزام الطبيعى.

ويعتبر الالتزام الطبيعى مرتبة وسطى بين الالتزام المدنى والواجب الخلقى. فهو لا يرقى إلى منزلة الالتزامات المدنية كما أنه لا ينزل إلى درجة الواجبات

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ٢٤، ٢٥
(٢) أستاذنا الدكتور توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٥
(٣) Ph. Malaurie. L Aynès, Droit Civil. Les obligations. éd. Cujas, 1985, No. 721 p 512

لاخلاقية[1]. فهذه الالتزامات الطبيعية تعتبر في جوهرها واجبات خلقية ارتفعت في وعي الجماعة إلى مرتبة من القوة لا يجوز معها للقانون أن يتجاهلها[2]. ولهذا فانه إذا كانت هذه الالتزامات لا سبيل للدائن إلى تنفيذها جبراً، إلا أنها مع ذلك يعتبر التزامات قائمة في ذمة المدين بها، وان كان أمر تنفيذها متروكاً لارادته[3]. فإذا أظهر المدين بها ارادته في أدائها، سواء بأن اداها فعلاً أو تعهد بأدائها، فهو لا يعتبر متبرعاً في نظر القانون. وذلك على عكس الحال بالنسبة للواجب الخلقي المجرد. فمساعدة جار تعتبر واجب خلقي لم يرق في وعي الجماعة إلى مرتبة الالتزام الطبيعي، فاعلها يؤدي واجباً عليه في نظر الاخلاق ولكنه متبرع في نظر القانون[4]. بينما التزام النفقة على الاقارب الذين لا يلزم الشخص بالانفاق عليهم قانوناً يعتبر التزاماً طبيعياً أمر الوفاء به متروك لارادة المدين وحدها، ولا جبر في تنفيذه، إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً بل هو وفاء لالتزام قائم في الذمة، ولم يكن في استطاعة المدين أن يسترد ما أداه باختياره قاصداً أن يوفي التزاماً طبيعياً[5].

(٢) تطوره التاريخي:

في القانون الروماني ظهرت فكرة الالتزام الطبيعي كوسيلة فنية للتخفيف من قسوة وجمود بعض أحكامه. لذلك كان يعترف بوجود التزامات طبيعية في بعض الحالات التي لا ينشأ فيها، وفقاً لأحكام القانون الروماني، التزام مدني نتيجة لتخلف شرط شكلي أو كأثر من آثار بعض الانظمة القانونية، كنظام الرق والسلطة الابوية، فمثلاً قيل بأنه ولو لم ينشأ التزام مدني من عقود الارقام والابناء التي يعقدونها لصالحهم، إلا انه ينشأ منها التزام طبيعي[6].

ثم انتقلت بعد ذلك فكرة الالتزام الطبيعي إلى القانون الكنسي، ثم إلى القانون الفرنسي القديم، ومنه إلى مجموعة نابليون.

بعد صدور مجموعة نابليون حرص الفقه الفرنسي على التفرقة بين القانون والاخلاق، وعمل على التقريب بين الالتزام الطبيعي والالتزام المدني، وباعد بينه وبين الواجب الخلقي.

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، فقرة ٧٧٩ ص ٧٥١، أستاذنا الدكتور سمير تناغو، أحكام الالتزام، محاضرات لطلبة السنة الثانية بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية العام الجامعي ١٩٨٩/٨٨

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٦، ص ٢٥٦.

(٣) انظر: عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، في القانون المدني المصري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة ١٩٧٣، فقرة ٣ ص ١١

(٤) اسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٦، ص ٢٥٦.

(٥) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣، ص ١١.

(٦) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١١، السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨ ص ٧٥٣

وقد ظل الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر أميناً على هذا التصوير وذلك بالنظر إلى الالتزام الطبيعي على أنه التزام مدنى منحل أى التزام قانونى حالت عقبة قانونية دون نشوئه أو دون بقائه. وعلى هذا الاساس حصر الفقه حالات الالتزام الطبيعي فى طائفتين: الطائفة الاولى، تشمل التزامات لم تستكمل الاركان أو الشروط التى استلزمها القانون لنشوئها كالتزامات مدنية، كما فى حالة التزام ناقص الاهلية، والالتزام الناشئ من تصرف لم يستكمل الشكل القانونى (كهبة غير رسمية). فان ابطال التصرف أو بطلانه فى مثل هذه الحالات يحول دون نشوء الالتزام المدنى، فلا يقع على عاتق المدين إلا التزام طبيعي. الطائفة الثانية: تشمل الالتزامات التى كانت فى الاصل التزامات مدنية قرر القانون انقضاءها رغم أن الدائن لم يستوف حقه، يتخلف وراءها التزامات طبيعية، ومثال ذلك حالة انقضاء الالتزام المدنى بالتقادم فيخلف عنه التزام طبيعي.

فالالتزام الطبيعي فى نظر هؤلاء الفقهاء ليس واجباً خلقياً يعترف له القانون بآثار معينة، وانما هو واجب كان يتحتم عقلاً قهر المدين على تنفيذه لولا أن المشرع سلبه قوته العادية لاعتبارات خاصة[1].

غير أن القضاء الفرنسي لم يتقيد بهذه النظرة الضيقة للالتزام الطبيعي، وانما ذهب إلى الاعتراف بالالتزام الطبيعي فى كافة الحالات التى يرقى فيها الواجب الخلقى فى وعى الجماعة إلى درجة معينة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ما يترتب عليه من آثار معينة. ولذلك لا يعتبر المدين متبرعاً إذا وفى به أو تعهد بأدائه فى هذه الحالات.

وقد ساد هذا التصوير الحديث للالتزام الطبيعي وأخذ به المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى.

ثانياً – نظام الالتزام الطبيعي:

وندرس فى هذا المجال نطاق الطبيعي وآثاره

(١) نطاق الالتزام الطبيعي:

وهنا يجب أن نعرض لحالاته، ثم بعد ذلك نتعرف على تطبيقاته.

(أ) حالاته: تنص المادة ٢٠٠ من التقنين المدنى على أنه "يقدر القاضى عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم بالتزام طبيعي يخالف النظام العام".

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٧ ص ٢٥٨، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤، ص ١٢.

يتضح من هذا النص أن حالات الالتزام الطبيعي ليست محددة على سبيل الحصر، وانما أمر تقرير وجود الالتزام الطبيعي متروك للقاضي. وذلك لأن الالتزام الطبيعي واجب خلقي ارتقى في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهلها. ولذلك كانت صور الالتزام الطبيعي متغيرة بتغير الوعي الخلقي في الجماعة[1].

وعلى ضوء هذا المعيار يستطيع القاضي أن يقرر وجود التزام طبيعي من عدمه. كما أن المشرع أورد قيداً طبيعيا وهو عدم مخالفة الالتزام الطبيعي للنظام العام. ولنر كلاً من هذين القيدين:

القيد الاول: يمثل المعيار الذى يركن إليه القاضي في تقدير وجود التزام طبيعي من عدمه. هذا المعيار يتمثل في ضرورة أن يرقى الواجب الخلقي في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث يصبح الوفاء به ليس مجرد تبرع وانما وفاء بواجب يمليه الضمير والشرف. وكما هو واضح فان هذا المعيار يعد معياراً موضوعياً لا ذاتياً، بمعنى أنه لا يعتمد في تقدير وجود الالتزام الطبيعي على الضمير الخلقي القاضي ذاته أو الاحساسات الذاتية للفرد وانما على الوعي الخلقي للجماعة. وتطبيقاً لذلك أن من يحسن إلى جار فقير يعتبر متبرعاً ولو أعلن أنه لا يعتبر نفسه كذلك وانما موفياً بالتزام طبيعي، بل ولو كان اعلانه هذا مطابقاً للحقيقة. بسبب ما يتميز به من احساس مرهف[2]. وذلك لان المعيار المعول عليه في هذا الصدد هو معيار موضوعي مجرد يعتد فيه بوعي الفرد العادى في المجتمع، لا معيار شخصي يختلف من فرد إلى آخر. بينما على العكس من ذلك نجد أن قيام الأب بتجهيز البنات عند الزواج يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعي لأنه استجابة لواجب خلقي تعارفت الجماعة على وجوب الوفاء به[3].

ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أننا نتجاهل كلية وعي الفرد حيث أننا سوف نرى أن آثار الالتزام الطبيعي لا تترتب عليه إلا إذا شارك الفرد الجماعة شعورها بالزامه.

القيد الثاني: عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام. وهذا القيد بديهي، كان سيؤخذ به لو لم ينص عليه المشرع، لان ذلك يعتبر مبدأ عاماً يهيمن على جميع الالتزامات في نشأتها[4]. وتطبيقاً لذلك لا يمكن أن يتخلف عن الالتزامات المدنية الباطلة لمخالفتها للنظام العام أو لعدم مشروعيتها التزامات طبيعية. فالوعد بتقديم مبلغ من المال

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٨، ص ٢٦٠. وعبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٣.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٨، ص ١٦١.
(٣) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ١٤.
(٤) انظر في مصادر الالتزام الطبيعي لأستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، ١٩٩٠ ص ٢٨٥، ٢٨٦.

لايجاد علاقات غير شرعية باطل، ولا يمكن أن يتخلف عنه التزام طبيعي، والاتفاق على ارتكاب جريمة في مقابل من المال باطل، ولا ينشأ عنه التزام طبيعي.

(ب) تطبيقاته: تتضح لنا على ضوء ما تقدم أن تطبيقات الالتزام الطبيعي على سبيل المثل لا الحصر. ويمكن تصنيف هذه التطبيقات وفقاً لما جرى عليه الفقه، في طائفتين:

الطائفة الأولى: تشمل الالتزامات الطبيعية والمتخلفة من التزامات مدنية. كما هو شأن الالتزامات التي تسقط بالتقادم، أو تنقضي بتصالح المفلس مع دائنيه، أو تزول بابطال التصرف المنشئ لها لعدم توافر الاهلية اللازمة.

الطائفة الثانية: تمثل الالتزامات التي تنشأ من الاصل واجبا خلقياً، كالتزام الشخص بالانفاق على ذوي القربى ممن لا يلزمه نفقتهم قانوناً.

لكن يجب ألا يحجب هذا التقسيم عنا جوهر فكرة الالتزام الطبيعي، وهو أن الالتزام الطبيعي في كافة صوره يقوم على أساس واجب خلقي. ولذلك يمكن أن نصادف تطبيقات للالتزام الطبيعي في مجالات أخرى عديدة. فمثلاً يمكن أن نجد أن هناك التزامات طبيعية تستند إلى واجب الوفاء بالعهد، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الاضرار بالغير، ومنها ما يستند إلى واجب عدم الاثراء على حساب الغير، ومنها ما يستند إلى واجب الاعتراف بالجميل، ومنها ما يستند إلى واجب المساعدة[1].

(٢) آثار الالتزام الطبيعي[2]:

إذا كان من أهم ما يميز الالتزام الطبيعي أنه لا ينطوي على عنصر المسئولية، بحيث لا يمكن قهر المدين على تنفيذه، إلا أن هذا الالتزام ليس عديماً من كل أثر، بل هناك آثار ايجابية وآثار سلبية تترتب على وجوده في ذمة المدين.

(أ) آثاره الايجابية: هناك أثران ايجابيان للالتزام الطبيعي:

أولاً: الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يعد وفاء بدين مستحق في الذمة وليس تبرعاً. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يسترد ما وفاه، كما أن الوفاء به لا يخضع لأحكام التبرعات، سواء من حيث الشكل أو الموضوع ولا يجوز الرجوع فيه، ولا تجرى عليه أحكام الوصية إذا ما تم في مرض الموت[3].

---

(١) انظر في تفصيل أكثر اسماعيل غانم، المرجع السابق، الجزء الثاني، فقرة ١١٩ ص ٢٦٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ١٧.

(٢) انظر في تأصيل قانوني آخر لآثار الالتزام الطبيعي، أستاذنا الدكتور جلال العدوي، أصول الالتزامات، الجزء الثاني، رابطة الالتزام ١٩٨٧، ص ٤٢ وما بعدها، وقارن أستاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢١، ص ٢٦٦، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٦٤ - ١٩٦٥، فقرة ١٥٢، ص ١٢٥.

على أنه يشترط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعي وفاء بدين لا تبرعا شرطان: **الاول:** أن تكون ارادة المدين خالية من العيوب. وعلى ذلك إذا كانت ارادته معيبة بعيب من عيوب الارادة، كاكراه أو غلط، أو تدليس مثلاً، جاز للمدين أن يسترد ما وفاه بدعوى استرداد ما دفع بغير حق. **والشرط الثاني: أن يكون المدين قد قصد** الوفاء بالتزام طبيعي عليه لا التبرع بما أدى، أى أن يكون الواجب الخلقي الذى يسند الالتزام الطبيعي في وعى الجماعة قد بلغ هذا الشأن فى وعى المدين كذلك[1] وعلى ذلك إذا تخلف هذا الشرط بشقيه فان الاداء الذى قام به المدين يعد تبرعاً لا وفاء.

هذا ويلاحظ أن هذا الاثر ليس مطلقاً، فهو من ناحية، قاصر فقط على طرفيه ولا يتعداهما إلى باقى الدائنين، حيث أن هذا الوفاء يأخذ حكم التبرع بالنسبة لهم، بمعنى أنه إذا كان المدين الذى وفى بالتزام طبيعي معسراً، جاز للدائنين بالتزامات مدنية أن يطعنوا فى هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ولو كان كل من المدين والدائن بالتزام طبيعي حسن النية[2]. ومن ناحية أخرى أن هذا الوفاء لا يحيل الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى – ولذلك لا يستطيع الموفى إليه أن يرجع على الموفى بدعوى ضمان الاستحقاق إذا ثبت أن الشئ الموفى به مملوكاً للغير. كما أن الوفاء الجزئى، أى بجزء من الدين الطبيعي لا يسوغ للدائن مطالبة المدين بتكملة الوفاء[3].

ثانياً: صلاحية الالتزام الطبيعي لان يكون سبباً لانشاء التزام مدنى ويتحقق ذلك إذا رغب المدين فى الوفاء بالتزام طبيعي عليه دون استطاعته ذلك فى الحال فيقتصر على التعهد بالوفاء به ويكون سبب الالتزام المدنى فى هذه الحالة هو قصد الوفاء بالتزام طبيعي (م ٢٠٢ مدنى). هذا التعهد وما يترتب عليه من نشوء الالتزام المدنى يتم بارادة المدين وحده ودون حاجة إلى قبول الدائن، ولذلك يكون لدائنى هذا الاخير أن يوقعوا الحجز تحت يد المدين.

وأساس تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدنى هو اتجاه ارادة المدين لذلك، ولهذا يجب التثبت من أن هذه الارادة اتجهت حقيقة إلى احداث هذه النتيجة. وعلى ذلك لا ينشأ الالتزام المدنى إذا اقتصر المدين على مجرد الاعتراف بوجود التزام طبيعي فى ذمته. واستخلاص قصد الوفاء بالتزام طبيعي لدى المدين يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع، أما وجوب توافره فيعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض[4].

---

(١) استاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٢، ص ١٢٦.
(٢) أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٢، ص ١٢٥.
(٣) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٨، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢١، ص ٢٦٦.
(٤) انظر: أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٣، ص ١٢٨، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢، ص ٢٦٨.

وعلى ذلك فالتعهد بوفاء الالتزام الطبيعي كوفائه يعتبر من قبيل أعمال المعاوضة لا التبرع، وذلك لن للتعهد سبب كما قلب وهو الالتزام الطبيعي ويترتب على ذلك خضوع هذا التعهد من حيث الشكل والموضوع لأحكام المعاوضات دون التبرعات[1] لكن يجب أن نلاحظ أن صفة التبرع لا تنتفي عن تعهد المدين إلا إذا كان قد قصد به الوفاء بالتزام طبيعي. فإذا كان المدين لم ير أنه ملزم بالتزام طبيعي فتعهد بما تعهد به يحدوه نية التبرع، وجب أن تطبق في هذه الحالة أحكام التبرعات[2]

في النهاية يجب أن نشدد على حقيقة هامة وهي أنه لا يكفي لكي يقرر القاضي وجود التزام طبيعي أن يتحقق من أن الواجب الخلقي قد ارتقى في وعي الجماعة إلى مرتبة خاصة من القوة بحيث لا يستطيع القانون أن يتجاهل ترتيبه لآثار معينة، بل يجب لكي يرتب الالتزام الطبيعي أثراً قانونياً، أن يتحقق القاضي أيضاً من قيامه في وعي الفرد، وذلك بأن يشارك الفرد الجماعة في شعورها بالزامه.

(ب) آثاره السلبية: إذا كانت الآثار الايجابية للالتزام الطبيعي تنحصر في أن الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي يعد وفاء لدين مستحق في الذمة وليس تبرعاً، وصلاحية الالتزام الطبيعي لأن يكون سبباً لانشاء التزام مدني، إلا أن هناك آثاراً سلبية تترتب على طبيعة الالتزام الطبيعي نجملها فيما يلي:

أولاً: لا يجوز تنفيذ الالتزام الطبيعي قهراً عن المدين، سواء كان ذلك بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر. فلا يجوز التمسك بالحق في الحبس لحمل المدين على الوفاء بالتزام طبيعي. كما لا يجوز لمن كان دائناً بالتزام طبيعي ومديناً بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين الالتزامين ذلك لان المقاصة نوع من الوفاء القهري. كما أن من شروط المقاصة أن يكون الدينان متساويين في القوة.

على العكس من ذلك يجوز لمن كان مدينا بالتزام طبيعي ودائناً في نفس الوقت بالتزام مدني أن يتمسك بالمقاصة، إذ التقاص في هذه الصورة يكون بمنزلة الوفاء اختياراً. وهذه مقاصة اختيارية لا قانونية. ولذلك لا ينقضي الدينان من وقت تلاقيهما، كما هو الحال في المقاصة القانونية، وانما من وقت التمسك بالمقاصة[3].

ثانياً: لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي كفالة شخصية أو عينية لانه طبقاً لمبدأ التبعية الذي يهيمن على أحكام الكفالة انه لا يجوز ان يكون التزام الكفيل أشد او أقسى من الالتزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون منه (قارن نص المادة

---

(١) عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠، ص ٢٠، سنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨١ ص ٧٦٠.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٢، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٣، ص ٢٦٨، ٢٦٩، وانظر استاذنا الدكتور مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

١٨٠ مدني) وفي حالة كفالة الالتزام الطبيعي سيكون التزام الكفيل التزاماً مدنياً، بينما التزام المدين التزام طبيعي، وبذلك يكون الالتزام التابع أقوى أثراً من الالتزام الاصيل وهذا غير مقبول[1]. أما إذا قام المدين بالتزام طبيعي بتقديم الكفيل لضمان الوفاء بالتزامه، فإن هذا ينطوي على تعهد ضمني بالوفاء ويتحول به الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني، فتصبح الكفالة بوصفها كفالة لالتزام مدني. وما يسري على الكفالة يسري على الرهن الذي يقدمه المدين ضماناً لالتزامه الطبيعي.

٣- خطة الدراسة:

في هذا القسم ندرس أثر الالتزام بوجه عام، سواء من حيث تنفيذه أو الوسائل العامة لضمان هذا التنفيذ. وهذا يصدق على الالتزام في صورته العادية أو البسيطة أي الذي لم يلحق به وصف، أي الالتزام الذي تنحصر العلاقة فيه بين شخصين فقط، دائن ومدين، ويكن له محل واحد لا يلزم المدين بسواه، ولا يكون له أداء شيء بدلاً منه. لكن إلى جانب هذه الصورة البسيطة للالتزام توجد صورة أخرى كالالتزام الموصوف أو المركب ففي الالتزام الموصوف يلحق الالتزام وصفاً أو قيداً يؤثر تأثيراً مباشراً على ترتيب الالتزام لآثاره، كأن يضع للالتزام اطاراً زمنياً ينتهي أثر الالتزام بانتهائه أو يبدأ عند حلوله، أو أن يعلق وجود الالتزام أو زواله على أمر غير محقق الوقوع، مما يجعل تنفيذ هذا الالتزام أمراً غير مؤكد. وفي الالتزام المركب تتعدد أطراف أو محل الالتزام مما يؤدي إلى تعديل عميق في الآثار العادية للالتزام.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة في هذا القسم على النحو التالي:

الباب الأول: أثر الالتزام بوجه عام.

الفصل الاول: تنفيذ الالتزام.

الفصل الثاني: الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

الباب الثاني: الاوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام.

الفصل الاول: الشرط والأجل.

الفصل الثاني: تعدد محل الالتزام.

الفصل الثالث: تعدد طرفي الالتزام.

---

(١) انظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، فقرة ٢٦٦ ص ٢٨٠.

الباب الأول

أثر الالتزام بوجه عام

من الناحية الاقتصادية، يبين هذا الباب الاساس الذى يرتكز عليه التنظيم القانونى الذى يعمل من خلاله الائتمان، كما أن النظم القانونية المختلفة التى يتضمنها هذا الباب تفسر لنا بوضوح كيف يعمل النشاط الاقتصادى والمالى فى المجتمع بصفة عامة.

من الناحية الفنية، يمثل هذا الباب الاطار العام الذى يعمل من خلاله الالتزام، أيا كان مصدره، وأيا كانت صورته العملية. ففى هذا الباب ندرس تنفيذ الالتزام، سواء من حيث أنواع هذا التنفيذ وكيفية هذا التنفيذ ووسائله، ثم نعرض بعد ذلك للوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام، فندرس حق الضمان العام للدائنين، ووسائل حماية وضمان الدائن.

وعلى ذلك ستكون خطة الدراسة فى هذا الباب كالآتى:

الفصل الأول: تنفيذ الالتزام.

الفرع الاول: التنفيذ العينى.

الفرع الثانى: التنفيذ بمقابل.

الفصل الثانى: الوسائل العامة لضمان تنفيذ الالتزام.

المبحث الاول: حق الضمان العام للدائنين.

المبحث الثانى: وسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.

الفصل الأول
تنفيذ الالتزام

دراسة تنفيذ الالتزام تقتضى منا التعرض للأنواع المختلفة لهذا التنفيذ، والتركيز بصفة خاصة على الأهمية الاقتصادية للتنفيذ الاختيارى.

١- التنفيذ العينى والتنفيذ بمقابل   التنفيذ العينى هو الأصل[١]:

ان القوانين المدنية الحديثة تقدم من الوسائل الفنية والقانونية ما يضمن بفعالية احترام تنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين، وذلك لتحفظ التوازن فى الحياة القانونية والاقتصادية ولتحميها من الاضطراب. فنظرة فاحصة إلى القوانين المدنية الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للشارع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما فى ذلك من أهمية قصوى للائتمان.

وما تهدف إليه هذه القوانين فى الأصل هو التنفيذ العينى للالتزام، أى يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، لأن الدائن عند ابرامه عقداً من العقود مثلاً يهدف إلى شئ معين وينتظر أداء محددا يرتب كل شئونه عليه. ولذلك نجد أن المشرع ينص فى المادة ١/٢٠٣ من التقنين المدنى على أن «يجبر المدين بعد اعذاره... على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً» ويؤكد المشرع هذا المعنى بنصه فى المادة ٢١٥ مدنى على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه...».

نخلص من كل هذه النصوص أنه طالما أن التنفيذ العينى ممكن فان المدين يجبر على هذا التنفيذ، ولا يلجأ القاضى إلى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العينى. وهذا واضح من المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى، حيث يقول: «إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل فى حدود الامكان فمن حق الدائن أن يستأديه ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى المتعاقدين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى، فهو ليس موكولاً للتخيير، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين سواء فى ذلك المدين أو الدائن. فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء. وهو ليس بالبديل لأن المدين لا يملك العوض النقدى ما بقى الوفاء العينى ممكناً»[٢].

---

(١) نقض ١٦/٥/١٩٩١ س ٤٢ ص ١١٣١.
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ د ص ٥١٠.

فالتنفيذ العيني هو الذى يتفق أكثر مع حقيقة الالتزام، وهو الذى يتفق أيضاً مع الهدف الأسمى للقانون الخاص بصفة عامة. ذلك لأن التنفيذ عن طريق التعويض ليس إلا وسيلة احتياطية، لا تعطى إلا اشباعاً نسبياً للدائن، ولا يهدف فى النهاية إلا إلى أن يعيد التوازن النسبى لذمة الدائن، ولذلك فهو ليس كافياً ولا وافياً **أولاً:** لأنه لا يضع فى الاعتبار إلا مصلحة الدائن الخاصة باعطائه تعويضاً، بالرغم من الآثار الممتدة لعدم التنفيذ فى الحياة القانونية. **ثانياً:** أنه لا يمكن أن يحكم على المدين بالتعويض إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبى لا يدله فيه (م ٢١٥ مدنى مصرى). **ثالثاً:** انه فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه فان مقدار التعويض الممنوح للدائن يمكن أن ينقص أو أن يلغى نهائياً نتيجة للشروط المحددة للتعويض بحد أقصى (م ٢٢٣ مدنى – م ٢٢٥ مدنى)، أو للشروط المعفية من المسئولية (م ٢/٢١٧ مدنى) يضاف إلى ذلك أن المشرع قد يتدخل فى بعض الأحيان ليحدد متى تنعقد أو لا تنعقد المسئولية ويحدد قيمة التعويض. **رابعاً:** أن المادة ٢/٢٢١ مدنى تقصر نطاق التعويض بصدد الالتزام العقدى على الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وذلك فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم. **خامساً:** يجب ألا ننسى أن فى منح القاضى تعويضاً للدائن عند عدم التنفيذ لا يفعل أكثر من تحويل حقه إلى دين محله مبلغ من النقود، وما يتضمنه ذلك من مخاطر اعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له.

٢- التنفيذ الاختيارى والتنفيذ الجبرى:

التنفيذ الاختيارى يكون بوفاء المدين بما التزم به فإذا كان قد التزم باعطاء شئ فيكون الوفاء بتسليم هذا الشئ والمحافظة عليه حتى تمام التسليم (م ٢٠٦ مدنى) وإذا كان قد التزم بعمل فيكون الوفاء بالقيام بهذا العمل. وإذا كان قد التزم بالامتناع عن عمل فيكون الوفاء باحترام هذا الالتزام وعدم اتيان ما من شأنه مخالفته[1].

ويعد التنفيذ الاختيارى استجابة لعنصر المديونية فى الالتزام. والتنفيذ الاختيارى للالتزام هو الوفاء بالالتزام وقد كان المنطق يقتضى أن ندرس التنفيذ الاختيارى، الوفاء، قبل التنفيذ الجبرى. ومع ذلك نحن لا نميل إلى هذا الاتجاه وذلك لسببين: **الاول**، علمى، وهو أن الفقه فى مجموعه جرى على دراسة الوفاء من بين أسباب انقضاء الالتزام سيراً على المنهج الذى اتبعه المشرع المصرى فى هذا الصدد. **الثانى**، عملى، وهو ما لمسناه من خلال تجربتنا العملية فى تدريس مادة أحكام الالتزام، من أن ابتداء هذه الدراسة بدراسة الوفاء يعد أمراً صعباً على طلاب السنة الثانية، وذلك لما تتسم به أحكام الوفاء من تفصيلات دقيقة، وتجريد وعمومية، مما يصعب على هؤلاء الطلاب استيعابها بسهولة فى بداية الدراسة.

(١) انظر أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٥٥ ص ١٣٠.

أما بالنسبة للتنفيذ الجبرى، فهو يكون، كقاعدة عامة، بعين ما التزم به المدين وبالشروط التى نشأ بها التزامه، أى يكون تنفيذاً عينياً. لكن فى بعض الأحيان قد يستحيل التنفيذ العينى للالتزام أو يكون فيه مساساً بشخص المدين أو مرهقاً له. ففى هذه الاحوال يقتصر الدائن على الحصول على مقابل لما التزم به المدين، فيسمى التنفيذ تنفيذاً بمقابل أو تنفيذاً بطريق التعويض. هذا التعويض، اما أن يكون تعويضاً عن عدم التنفيذ أو تعويضاً عن التأخير فى هذا التنفيذ.

التنفيذ الجبرى، عيناً كان او بمقابل، يكون على أموال المدين لا على شخصه - وهذه الأموال هى الضامنة للوفاء بالتزاماته وهذا ما يسمى بالضمان العام.

والقاعدة أن التنفيذ الجبرى يتم، كقاعدة عامة، عن طريق السلطة العامة، من خلال ممثل لها وهو المحضر. هذا المحضر يقوم بالتنفيذ تحت اشراف القضاء. فالدائن ليس له أن يقوم بالتنفيذ بنفسه، حيث أن القاعدة فى القوانين الحديثة أنه لا يجوز للشخص أن يستأدى حقه بنفسه.

ومما هو جدير بالذكر أن الدائن لا يستطيع أن يلجأ إلى التنفيذ الجبرى بواسطة المحضر إلا إذا كان حقه محقق الوجود، أى غير متنازع فيه منازعة جدية، ومعلوم المقدار، وحال الأداء، وثابتاً فى سند تنفيذى.

٣- الأهمية الاقتصادية للتنفيذ الاختيارى:

ان الأثر العادى والمباشر للالتزام هو تنفيذه تنفيذاً اختيارياً. فتنفيذ الالتزام من جانب المدين، هو النهاية الطبيعية المنتظرة من جانب الدائن.

ففى نطاق الالتزامات التعاقدية، والتى تشكل أساس النشاط الاقتصادى فى أى مجتمع، نجد أن الدائن فى لحظة ارتباطه بالمدين لم يكن يدور بخلده عدم تنفيذ المدين لالتزامه وإلا لما كان تعاقد معه أصلاً. وانما يقدم الدائن على التعاقد وفى ذهنه أن تنفيذ الالتزام من جانب المدين أمراً مفترضاً، ولذلك يقوم بترتيب شئونه على هذا الاساس.

وفى مجال من أهم المجالات، وهو الائتمان، نجد أنه عندما يمنح الدائن ائتمانه للمدين لا يمنحه بسبب وجود جزاءات فعالة عند عدم التنفيذ وانما يمنحه أساساً لثقته فى تنفيذ مدينه لالتزاماته.

بلا شك نستطيع أن نقول أن الحق لا يوجد إلا من خلال جزاء يعمل على حمايته. فهذا الجزاء هو الذى يعطى للحق قوته. لكن نحن نعلم أيضاً أنه ليس الجزاء وحده الذى يدفع الدائن إلى منح الائتمان، بل أن الجزاء يمكن أن يكون مصدر اعاقة للائتمان. ويصبح الجزاء كذلك عندما يتسم بالشدة المبالغ فيها بحيث

يؤدى إلى اضطراب فى نشاط المدين أو حياته الخاصة، أو عندما يتسم بالتجاوز أو عدم التناسب مع قيمة الدين، أو عندما يكون غير ملائم لشخص المدين أو للطائفة التى ينتمى إليها هذا المدين.

ولذلك فانه لا ينبغى الاعتقاد بأن الجزاء مهما كانت قسوته والحقوق والوسائل المتعلقة بذمة المدين مهما كان نطاقها يمكن أن تكفى لحفز الدائن من الناحية القانونية على منح ائتمانه للمدين. إذ أنه يوجد بالنسبة له، علاوة على ذلك، التنفيذ العينى أو المباشر، حيث توجد قيمة العقد فى ذاته هذه الثقة فى أن العقد ليس مجرد كلمة عديمة الجدوى، ولكن تطبيقاً للقوانين المعترف بمصداقيتها، وأن الاتفاق الارادى له قوة ملزمة فى ذاته، وأن المدين لا يستطيع أن يتنصل من هذا الاتفاق. فالانطباع لدى الاطراف بأنهم هم الذين ينشئون القانون الذى يحكم علاقاتهم يعتبر أحد العوامل الاساسية لمنح الائتمان[1].

---

(١) انظر مؤلف: نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠.

الفرع الأول
التنفيذ العيني

القاعدة أن المدين يجبر، بعد اعذاره[1]، علـى تنفيذ التزامـه، متـى كـان ذلـك ممكناً. وعلى ضوء هذه القاعدة يجب ان ندرس أولاً: شروط التنفيذ العيني، وثانيـاً: كيفية التنفيذ العيني.

المبحث الأول
شروط التنفيذ العيني

تنص المادة ٢٠٢ من التقنين المدني على أنه «١- يجبر المدين بعـد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامـه تنفيذاً عينياً، متـى كـان ذلـك ممكنـاً. ٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز لـه أن يقتصـر علـى دفـع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً».

على ضوء هذا النص نستطيع أن نستخلص أنه يشترط في التنفيذ العيني، إلى جانب مطالبة الدائن به، واعذار المدين على النحو الذي سنبينه فيما بعد، ثلاثـة شروط: الأول، أن يكون التنفيذ العيني ممكنـاً. الثاني: ألا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمديـن. والثالث: ألا يكون في اجبار المدين على التنفيذ العيني مساس بحريته الشخصية.

أولاً - أن يكون التنفيذ العيني ممكناً: ويقصد بذلـك ألا يكـون التنفيـذ العينـي للالتزام مستحيلاً. فإذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً امتنع الحكم على المدين بـالتنفيذ العيني. واستحالة التنفيذ قد ترجع إلى فعل المدين، وقد ترجع إلى سبب أجنبي فـإذا كانت الاستحالة بفعـل المدين فانـه لم يعد أمام الدائن إلا المطالبة بتنفيذ الالـتزام بطريق التعويض. أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيـه، فان الالتزام ينقضي دون أن يلزم المدين بدفع شئ.

وامكـان التنفيـذ العينـي يرجـع إلـى طبيعـة الالـتزام ومداه والوسـائل الماديـة اللازمة لهذا التنفيذ[2]. ففي الالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر التنفيذ العينـي ممكنـاً دائمـاً. فاعسـار المديـن لا يمكـن أن يعتبر من قبيل استحالة التنفيذ العينـي، لانـه لا يكفي لاعتبار تنفيذ الالتزام مستحيلاً ان يكون من الصعب استيفاؤه لاعسـار قد يعقبه يسار. لذلك لا يتصور بصدد هذا الالتزام إلا التنفيذ العيني وبالتالي لا يتصور

(١) الاعذار شرط للحكم بالتنفيذ العيني وليس شرطاً لقبول الدعوى نقض ٢/٢/١٩٩١ س ٤٢ ص ٥٢٣

(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٨٥. ص ٧٦٤.

فيه التعويض عن عدم التنفيذ، خصوصا وأن القاعدة فى التعويض أن يكون بمبلغ من النقود. وانما يكون التعويض فى هذا الالتزام عن التأخير فحسب.

أما فى غير الالتزام بدفع مبلغ من النقود فانه من المتصور أن يصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين[(١)] ومع ذلك فانه بصدد هذه الالتزامات نجد أن المشرع قد رصد، فى بعض الأحوال، من الوسائل القانونية ما يسمح بادراك التنفيذ العينى على النحو الذى سوف نراه عند الحديث عن موضوع التنفيذ العينى[(٢)].

ثانياً – ألا يكون فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين:

قد لا يكون التنفيذ العينى مستحيلاً ولكن فيه ارهاقاً للمدين بحيث يترتب على اجباره عليه ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحيق الدائن من جراء التخلف عن الوفاء عيناً. وهذا الشرط يعد نموذجاً للموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن، وان كان المشرع فى النهاية قد غلب مصلحة الدائن، كما هو الشأن فى الغالب فى نطاق الائتمان المدنى. فقد أجاز المشرع للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدى، إذا كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ولكن ذلك مشروط بأن لا يكون فى هذا العدول عن التنفيذ العينى إلى التعويض الحاق ضرر جسيم بالدائن. فإذا كان الأمر كذلك وجب الرجوع إلى الأصل وهو التنفيذ العينى، حتى ولو كان مرهقاً للمدين، لأنه إذا كان الخيار فى هذه الحالة بين ارهاق المدين أو تحميل الدائن ضرراً جسيماً، فان القاضى يرجح الأولى عن الثانية لأن الدائن أولى بالرعاية، حيث أنه لا يطالب إلا بحقه وبدون تعسف من جانبه.

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لمبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق. ومن التطبيقات التشريعية ما تقضي به المادة ٢/١٠١٨ مدنى أنه عند مخالفة قيود البناء يجوز المطالبة باصلاحها عيناً، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك[(٣)].

ثالثاً – ألا يكون فى اجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية:

وقد لا يكون التنفيذ العينى مستحيلاً أو مرهقاً، ولكنه يقتضى تدخل المدين شخصياً، ويصر المدين على عدم التنفيذ. فى هذه الحالة يكون فى جبر المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية عندئذ يمتنع التنفيذ العينى الجبرى ويقتصر

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧ ص ١١ وعبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٦ ص ٢٨، أستاذنا الدكتور أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٧ ص ١٤٣.

(٢) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٨٥، ص ٧٦٤.

(٣) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٧٨٧، ص ٧٦٦.

الدائن على طلب التعويض لأن القهر، فى مثل هذه الحالة، يكون غير منتج. ومثال ذلك التزام الفنان أو الطبيب أو المدرس الخاص.

على أنه يلاحظ أنه إذا كان لا يجوز فى مثل هذه الأحوال قهر المدين بطريق مباشر على الوفاء، إلا أن المشرع قد هيأ للدائن وسيلة غير مباشرة لحث المدين شخصياً على القيام بالتنفيذ العينى وهى وسيلة الغرامة التهديدية، فإن لم تفلح هذه الوسيلة فلا سبيل إلا التعويض يحكم به القاضى مراعياً فيه الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين على النحو الذى سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

المبحث الثاني
كيفية التنفيذ العيني

التنفيذ العينى للالتزام يتوقف على طبيعة محله. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لموضوع التنفيذ العيني، فإذا ما انتهينا من ذلك يجب أن نتعرف على وسائل التنفيذ العيني، أى الوسائل التى رصدها المشرع لحمل المدين على التنفيذ العينى.

المطلب الأول
موضوع التنفيذ العيني

التنفيذ العينى هو تنفيذ المدين عين ما التزم به. وعلى ذلك فلمعرفة موضوع التنفيذ العينى وكيفية القيام به لابد من الرجوع إلى محل الالتزام، وذلك لمعرفة ما يجب أن يقوم به المدين.

وتنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى أنواع ثلاثة: ١- الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه (الالتزام باعطاء) ٢- الالتزام بعمل. ٣- الالتزام بامتناع عن عمل.

أولاً – الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه (الالتزام باعطاء): تتوقف كيفية التنفيذ العينى للالتزام باعطاء على نوع المحل الذى يرد عليه هذا الالتزام. ولذلك يختلف تنفيذ هذا الالتزام باختلاف ما إذا كان الشئ محل التزام منقولاً أو عقاراً:

١- فإذا كان الشئ الذى يقع عليه الالتزام باعطاء منقولاً، وكان معيناً بالذات ومملوكاً للمدين، اعتبر الالتزام منفذاً بمجرد نشوئه، وبقوة القانون. فتنتقل ملكية المنقول المعين بالذات من البائع الذى كان مالكاً له إلى المشترى مثلاً بمجرد العقد. وكذلك الحال بالنسبة لكافة الحقوق العينية الأخرى. ولا يشترط القانون أى شرط خاص لانتقال الملكية أو الحق العينى، فيعتبر المشترى مالكاً للمبيع بمجرد العقد ولو لم يكن قد استلمه بعد من البائع (م ٢٠٤ مدنى)[١].

أما بالنسبة لالتزام المدين بتسليم المنقول، فانه التزام بعمل، يمكن تنفيذه بعد ذلك جبراً على المدين. ذلك أن الالتزام باعطاء يتضمن دائماً التزام المدين بالمحافظة على الشئ وبتسليمه (م ٢٠٦ مدنى).

---

(١) ولا يغير من هذا الحكم أن البائع قد يبيع المنقول مرة ثانية إلى مشتر ثان يتسلمه وهو حسن النية فتنتقل إليه الملكية بمقتضى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز (م ٩٧٦ مدنى) وذلك لانه ليس معنى هذا أن الملكية لم تنتقل إلى المشترى الاول نتيجة لعدم تسلمه المبيع، وانما انتقلت الملكية إليه بمجرد العقد ما دام المبيع منقولاً معيناً بذاته، اما المشترى الثانى، فلم يتلق الملكية من البائع بمقتضى البيع الثانى، إذ أنها قد زالت من البائع بمقتضى البيع الأول، بل يرجع سبب اكتسابه الملكية إلى واقعة الحيازة المستندة إلى سبب صحيح والمقترنة بحسن النية.

ه إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالنوع، كبيع كذا كمية من الغلال، فان الحق العينى لا ينتقل إلا بافراز الشئ ولو قبل التسليم. ذلك أن الحق العينى سلطة مباشرة على الشئ. فلكى توجد هذه السلطة يجب أن يكون محلها محدداً بالذات، ولا يتم هذا التحديد أو التعيين بالذات إلا بعملية الافراز. فلو أن شخصاً باع لأخر خمسين أردباً من القمح، وجب افراز الكمية حتى يتعين المبيع، وبمجرد الافراز تنتقل الملكية إلى المشترى ولو قبل التسليم.

إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بافراز الشئ. جاز للدائن أن يطالبه بالتنفيذ عينا أو تعويضاً. والتنفيذ العينى يكون بحصول الدائن على شئ من النوع ذاته من الأسواق على نفقة المدين، بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال. وللدائن كذلك أن يطالب المدين بقيمة الشئ، فيكون التنفيذ فى هذه الحالة بطريق التعويض، وليس أساسه أن التنفيذ العينى قد أصبح مستحيلاً، وانما مرجعه أن الدائن قد ارتضاه ولم يمانع فيه المدين ما دام هذا لم يعرض التنفيذ العينى. وفى الحالتين يكون للدائن أن يقضى فوق ذلك تعويضاً عما أصابه من ضرر من جراء التأخير فى التنفيذ (م ٢/٢٠٥ مدنى)[1].

٢- إذا كان الشئ الذى يقع عليه الالتزام باعطاء عقاراً، كدار أو أرض محددة، فلا يكفى أن يكون العقار معنياً بالذات حتى ينتقل الحق العينى الأصلى إلى الدائن، وانما يلزم القيام باجراء معين لنقل الحق العينى الأصلى على هذا العقار، وهذا الاجراء هو الشهر أو العلانية عن طريق تسجيل التصرف المنشئ له فى سجلات الشهر العقارى. وعلى ذلك فعقد البيع الوارد على عقار لا ينقل الملكية بذاته وبمجرد نشوء الالتزام، بل يقتصر على انشاء التزام على البائع بنقلها. هذا الالتزام يمكن تنفيذه تنفيذياً عينياً جبراً على البائع. فاذا امتنع البائع من القيام باجراءات التسجيل مع المشترى لنقل الملكية إليه، فان المشترى يستطيع أن يلجأ إلى القضاء ويطلب التنفيذ العينى للالتزام جبراً على البائع، ووسيلته إلى ذلك دعوى صحة ونفاذ عقد البيع. فاذا صدر الحكم فيها بصحة عقد البيع ونفاذه يستطيع المشترى أن يسجل هذا الحكم، فتنتقل إليه الملكية، وبذلك يقوم تسجيل الحكم مقام تسجيل العقد ذاته، وبذلك يتم التنفيذ العينى قهراً على المدين.

ويلاحظ أنه بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي والرهن الحيازى العقارى وغيرهما، فلا يشترط الشهر لنشوئها فيما بين المتعاقدين. غير أنه لا يحتج بهذا الحق فى مواجهة الغير إلا اذا أشهر بطريق القيد. وحيث أن الحق العينى

---

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٧٢ ص ١٤٨، اسماعيل غانم: المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٧.

التبعي لا تظهر فائدته للدائن إلا بالاحتجاج به على الغير، أي الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، بما له من الأفضلية، والمتصرف إليه بما له من حق التتبع. لذلك فان التزام المدين بانشاء حق رهن لدائنه يبقى غير نافذ إلى أن يتم القيد.

ثانياً - الالتزام بعمل: أياً كان مضمون الالتزام بعمل سواء كان التزام ببذل عناية أو التزاماً بتحقيق نتيجة، فان تنفيذ هذا الالتزام يقتضي صدور عمل ايجابي من المدين لذلك إذا لم يقم به المدين فانه قد يتعذر، في بعض الأحوال، الحصول على التنفيذ العيني جبراً عليه، لما في هذا التنفيذ من مساس بحريته الشخصية. وللوقوف على كيفية التنفيذ العيني للالتزام بعمل فانه يجب التمييز بين فروض ثلاثة:

الفرض الأول: إذا كان يمكن تنفيذ الالتزام عيناً دون تدخل شخصي من جانب المدين. وفي هذا الفرض إذا قدر الدائن أن طبيعة الالتزام تسمح بأن يكون التنفيذ العيني كافياً حتى ولو قام به غير المدين، وامتنع المدين عن التنفيذ استطاع الدائن أن ينفذ اللالتزام على نفقة المدين بعد استئذان القضاء، أودون استئذانه في حالة الاستعجال. ومثال ذلك تعهد مقاول ببناء منزل أو شق مصرف، أو التزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية فبالنسبة للدائن لاأهمية لشخص من يقوم بالبناء أو الترميم. لذلك يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، بل ويجوز للدائن في حالة الاستعجال أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء (م ٢٠٩ مدني) من ذلك ما إذا ترتب على عدم قيام المؤجر بالترميمات الضرورية أن انفجرت مواسير المياه مثلاً[1] (م ٥٦٨ مدني).

الفرض الثاني: إذا كان تنفيذ اللالتزام عيناً غير ممكن دون تدخل شخصي من المدين. كما إذا نص الاتفاق أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه في هذه الحالة يمكن للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدني). كما لو كان المدين ممثلاً أو مغنياً أو مصوراً. فإذا امتنع المدين عن القيام بالعمل المطلوب منه، فلا يمكن اجباره على التنفيذ العيني. إذ أن الاجبار في هذه الحالة فيه مساس بحرية المدين الشخصية علاوة على أنه غير منتج. ولذلك يقتصر الدائن في هذه الحالة على التنفيذ بطريقة التعويض. ومع ذلك يجوز أن يستعمل القاضي وسيلة الغرامة التهديدية لحمل المدين على التنفيذ العيني كما سوف نرى فيما بعد.

الفرض الثالث: أن تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني[2]. مثال ذلك هو امتناع البائع عن القيام باجراءات تسجيل المبيع لنقل

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٢٠.
(٢) نقض ١٩٨٦/٣/٢ س ٣٧ ص ٢٨٨.

الملكية للمشترى، فى هذه الحالة يلجأ الدائن للقضاء ليحصل على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع. فاذا حصل على هذا الحكم فإنه يقوم مقام عقد البيع الصالح للتسجيل وتنتقل الملكية بتسجيل الحكم ومن لحظة التسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع. ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١٠٢ مدنى من أنه إذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه الموعود له طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد الموعود به.

ثالثاً - الالتزام بالامتناع عن عمل: أن محل الالتزام فى هذه الحالة هو امتناع المدين عن القيام بعمل معين، ولذلك فأن مجرد قيام المدين بذلك العمل يعتبر اخلال بالالتزام ويرتب مسئوليته، ويكون بذلك ملزماً بالتعويض. لكن ليس معنى ذلك ان التنفيذ العينى يصبح مستحيلاً، فى كل الأحوال استحالة مادية بمجرد اخلال المدين بالتزمه، لأنه قد يكون التنفيذ العينى ممكناً بالنسبة للمستقبل عن طريق ازالة ما وقع مخالفاً للالتزام[1]، بل ان للدائن أن يقوم بهذه الازالة على نفقة المدين بعد الحصول على ترخيص من القضاء. واستئذان القضاء واجب دائماً ولو كانت الازالة المطلوبة على وجه الاستعجال لما قد تؤدى إليه من أعمال العنف[2].

إذا استحال التنفيذ العينى لأن ما وقع من مخالفة لا يمكن تداركه، كما لو أفشى طبيب سراً من أسرار مهنته، أو كان فى التنفيذ العينى مساس بحرية المدين الشخصية، كما لو أخل ممثل بالتزام عليه بعدم التمثيل فى مسرح معين إذ يستحيل منعه من التمادى فى المخالفة إلا بالحجر على حريته، أو كان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين لا يتناسب والفائدة التى ستعود منه على الدائن[3]. فى هذه الأحوال يكتفى القاضى بأن يحكم بتعويض نقدى. وفى جميع الأحوال للقاضى سلطة تقدير واسعة.

المطلب الثانى
وسائل حمل المدين على التنفيذ العينى

التنفيذ العينى قد يكون اختيارا، يقوم به المدين طوعاً، وقد يكون جبرا على المدين. ووسائل التنفيذ الجبرى متعددة، منها المباشر، كوسيلة التنفيذ القهرى عن

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٨ وقارن السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٧٩٨ ص ٧٧٩ حيث يعتبر ذلك من قبيل التعويض العينى وليس تنفيذا عينا للالتزام.

(٢) مثال ذلك التزام المدين بعدم تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء، أو بعدم البناء فى جزء معين من الأرض المشتراه وبتجاوز المدين هذه القيود فانه يجوز للدائن أن يطلب من القاضى ازالة البناء الزائد. وكذلك فتح محل تجارى بالمخالفة للالتزام بعدم المنافسة إذ يجوز الحكم باغلاقه.

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٧٨، ص ١٥٢.

طريق السلطة العامة كأن يجبر المدين على تسليم الأرض التى التزم بتسليمها للدائن قهراً، وقد يكون التنفيذ الجبرى عن طريق الحجز على أموال المدين كما هو الغالب فى الحياة العملية، وقد يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام على نفقة المدين، وقد يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العينى، وقد يتكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العينى، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات إلى الدائن بحكم القانون من وقت العقد، كل ذلك على النحو السابق بيانه. إلى جانب ذلك توجد وسائل غير مباشرة للتنفيذ العينى، وهى الوسائل التى تعمل على حث أو حمل المدين على التنفيذ العينى. هذه الوسائل هى أولاً: الاكراه البدنى، ثانياً: التهديد المالى أو الغرامة التهديدية.

أولاً – الاكراه البدنى

كان المدين فى العصور القديمة يلتزم بالدين فى جسمه لا فى ماله. وقد كان الالتزام فى البداية عبارة عن علاقة شخصية محضة، ومصدراً للسلطة وقيداً قانونياً يتحول إلى استرقاق المدين أو قتله فى حالة عدم تنفيذه لالتزاماته.

فقد كانت الأنظمة القانونية التى لم تبلغ حداً من التطور، لا تملك من الوسائل الفنية والقانونية ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين وسجنه واسترقاقه بواسطة الدائن. وبالرغم من قسوة ووحشية هذه الوسائل فان فعاليتها لم تكن بالقدر الكافى، وان كانت تتمتع بنوع من الزجر وتحقق بالتالى نوعاً من الوقاية. هذه الوسائل القانونية كانت تتفق مع عقلية العصر وتدل على افتقار هذه الأنظمة إلى الصياغة القانونية المتطورة.

فى المجتمعات الحديثة تطورت فكرة الالتزام، وبالتالى تطورت فكرة الجزاء، وأصبح المدين يلتزم فى ماله لا فى شخصه، وجزاء عدم تنفيذ الالتزام تعويض لا عقوبة. علاوة على ذلك أصبح الانتقام من المدين لا يمثل أى قيمة لدى الدائن، ولكن كل ما يهم الدائن هو حصوله على حقوقه التى كان ينتظرها ويرتب حياته عليها[1]، ولذلك فان القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للاكراه البدنى. وان كان هناك بعض الحالات فى بعض القوانين الوضعية، فأنها لا تمثل إلا استثناء من الأصل. ومثال ذلك فى دين النفقة والحضانة والرضاع والمسكن، إذا كان المحكوم عليه قادراً على القيام بما حكم به، وأمرته المحكمة بذلك فلم يمتثل، صدر حكم حسبه، ولا تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً، يخلى سبيله بعد انتهائها أو قبل انتهائها إذا أثمر الضغط فأدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً. وحبس المدين فى هذه الحالة لا يعفيه من تنفيذ الحكم عليه

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ،ولفنا فى التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢، فقرة ١ ص ٥.

بطريق الحجر على أمواله ومثال ذلك أيضا جواز الاكراه البدنى لتحصيل المبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومة ضد مرتكب الجريمة ويكون هذا الاكراه بالحبس والمبالغ الناشئة عن الجريمة المقضى بها للحكومه هى (١) الغرامة، (٢) المصروفات والرد والتعويضات المقضى بها للحكومة. والاكراه البدنى فى الغرامة يبرئ ذمة المدين: خمسة جنيهات عن كل يوم، أما الاكراه البدنى فى المصروفات والرد والتعويضات فانه لا يبرئ ذمته وانما هو مجرد ضغط عليه لاجباره على الوفاء، ومن ثم يجوز التنفيذ على ماله بعد الاكراه البدنى[1](الباب السادس من الكتاب الرابع من قانون الإجراءات الجنائية)

لكن مما تجدر ملاحظته أنه فى الدول النامية مازال الاكراه البدنى وسيلة فعاله فى تنفيذ الالتزامات المدنية، وليس أدل على ذلك كثرة إلتجاء المتعاملين فى مصر إلى الشيك للتدثر بالحماية الجنائية المقرره له. ولذلك كان المشرع اللبنانى أكثر واقعية عندما إستبقى عقوبة حبس المدين عند التخلف عن الوفاء بالتزاماته (م ١١١ موجبات وعقود وما بعدها وفى تفصيل الاجراءات م٩٩٧ أصول محاكمات مدنية وما بعدها).

ثانياً – التهديد المالى أو الغرامة التهديدية

إذا كانت القوانين الحديثة قد تخلصت تقريباً من كل أثر للاكراه البدنى، إلا انه قد ظهرت الحاجة إلى نوع آخر من الاكراه لحمل المدين على التنفيذ العينى، خاصة فى الأحوال التى تتطلب تدخله الشخصى، فاهتدى القضاء الفرنسى إلى فكرة التهديد المالى والغرامة التهديدية. لذلك يجب أن نقف على ماهية الغرامة التهديدية ومجال عملها وشروط الحكم بها، ثم نعرض فى النهاية لخصائص الحكم بالغرامة التهديدية وأثره.

١ - ماهية الغرامة التهديدية ومجالها .

كيف ظهرت الحاجة إلى الغرامة التهديدية ؟ نحن نعلم أن الأصل هو التنفيذ العينى، وأن المدين يجبر عليه مادام هذا التنفيذ ممكناً. لكن فى بعض الأحوال يكون تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ولذلك فان اجبار المدين بطريق مباشر على التدخل شخصياً للقيام بتنفيذ الالتزام لا يكون منتجاً، أو يقتضى حجراً على حريته الشخصية. فهل معنى ذلك أن امتناع المدين عن التنفيذ فى هذه الأحوال يجعل التنفيذ العينى مستحيلاً، ويجعل القاضى يستسلم ويحكم بالتنفيذ بمقابل. لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العينى فى مثل هذه الأحوال متوقفاً على محض إرادة المدين.

من أمثلة ذلك الالتزام بتقديم حساب، أو الزام صاحب العمل باعطاء شهادة خبرة للعامل عند انتهاء خدمته، أو القيام بعمل فنى، كغناء أو تمثيل أو تصوير،

---

(١) أنظر السنهورى: المرجع السابق، فقرة ٨٠١ ص ٧٨٢

أو التزام الهيئات المحتكرة لبعض الخدمات بتقديم خدماتها إلى من تعاقد معها، كتوريد المياه والنور والغاز. فى مثل هذه الأحوال نجد أن بعض هذه الالتزامات غير ممكن التنفيذ عيناً دون تدخل المدين. وبعضها تنفيذه غير ملائم دون هذا التدخل.

ولذلك قد اجتهد القضاء الفرنسى منذ القرن التاسع عشر فى ايجاد وسيلة تعطى لأحكامه الفعالية اللازمة بالرغم من عدم وجود نص يخوله ذلك، وقد اهتدى إلى وسيلة التهديد المالى. وقد كانت حجته فى ذلك أنه ليس من سلطة القضاء أن يقول حكم القانون فحسب، بل ان من سلطته أيضاً أن يعطى لأحكامه الفعالية المطلوبة(1). واستمر هذا الاجتهاد يعوزه السند التشريعى إلى أن صدر قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ باعادة تنظيم الغرامة التهديدية واعطائها الفعالية اللازمة(2). وبذلك أصبحت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة، ولكنها فعالة، لحمل المدين على التنفيذ العينى. **لكن ما المقصود بالغرامة التهديدية ؟**

«فالغرامة التهديدية هى مبلغ من المال يقضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن، أو عن كل اخلال يرد على الالتزام، ويقصد بهذه الغرامة التغلب على ممانعة المدين المتخلف»(3). فالغرامة التهديدية مبلغ من المال يحكم القاضى بالزام المدين بأدائه عن كل يوم وأية وحدة زمنية أخرى، يمتنع فيها المدين عن تنفيذ التزامه عيناً بعد صدور الحكم بالزامه بهذا التنفيذ. كما هو واضح ليس الغرض من الغرامة التهديدية تعويض الدائن عن تأخر المدين عن الوفاء، بل المقصود بها تهديد المدين وارهابه للتغلب على ممانعته وعنته، بالتالى حمله على التنفيذ العينى. ولهذا أجيز للقاضى أن يزيد فى مقدار الغرامة إذا ظهر بعد ذلك، من اصرار المدين على عدم التنفيذ، أن المبلغ الذى حدد أولاً لم يكن كافياً لاكراه المدين على التنفيذ (م ١/٢١٣ مدنى).

ويجد التهديد المالى مجالاً أوسع للتطبيق بالنسبة للالتزام بعمل، إذا كان تدخل المدين الشخصى ضرورياً لتنفيذه، وبالنسبة للالتزام بامتناع عن عمل، إذا أريد منع تكرار المخالفة فى المستقبل(4)، حيث أنه فى هذه الأحوال يلجأ القاضى كثيراً إلى نظام الغرامة التهديدية للتغلب على تعنت المدين واصراره على عدم

---

(١) - Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 639, p. 453

(٢) - Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 641, p. 454

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية، جزء ٢، ص ٥٤٠.

(٤) مثال ذلك التزام الممثل بألا يمثل فى مسرح معين، أو التزام المهندسين بألا يعمل فى مصنع منافس، أو التزام بائع المحل التجارى بالامتناع عن منافسة المشترى لهذا المحل، فى هذه الأحوال يجوز عند وقوع المخالفة الحكم على المدين بغرامة تهديدية لمنع تكرار المخالفة فى المستقبل، وبالتالى يتحصل الدائن على التنفيذ العينى للالتزام

التنفيذ. بينما لا يصادف التهديد المالي كثيراً في الالتزام باعطاء، لأن الوسائل التي رصدها المشرع لبلوغ التنفيذ العيني مباشرة تغني عنه، من ذلك الرخصة المخولة للدائن في التنفيذ على نفقة المدين، والسماح في بعض الحالات بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني، أو تكفل القانون نفسه باجراء التنفيذ العيني.

في مجال الأحوال الشخصية يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي في الالتزام بتسليم الأولاد إلى من له حق حضانتهم، وفي التزام الزوجة أن تذهب إلى محل الطاعة، وذلك لأن التنفيذ الجبري يكون عادة غير ملائم[1].

٢ - شروط الحكم بالغرامة التهديدية :

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان :

الشرط الأول: أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً مازال ممكناً: هذا الشرط يكشف عن العلة من تقرير الغرامة التهديدية. ذلك أن الغرض من الحكم بالغرامة التهديدية هو حمل المدين على تنفيذ التزامه عينياً، لذلك ينبغي أن يكون هناك التزام وأن هذا الالتزام لايزال في الامكان تنفيذه عيناً.

فاذا لم يوجد التزام أصلاً، انتفت العلة من الغرامة التهديدية كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني للالتزام، ووجب على المحكمة أن ترفض الحكم بهذا التهديد المالي. فلا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لاجبار أحد الخصوم في دعوى على الحضور أمام المحكمة، إذ لا يوجد التزام على الخصم بذلك. كذلك لا يجوز الحكم على من اشترك في ارتكاب جريمة بغرامة تهديدية لحمله على افشاء أسماء شركائه، لأنه ليس ملزماً قانوناً بذلك.

على أن وجود الالتزام لا يكفي وحده لتبرير الحكم بالتهديد المالي، بل يجب أن يكون تنفيذه عيناً مازال ممكناً. لأن الهدف النهائي من التهديد المالي هو بلوغ التنفيذ العيني عن طريق المدين شخصياً. وعلى ذلك يمتنع الحكم بالغرامة التهديدية إذا أصبح تنفيذ الالتزام عيناً مستحيلاً، سواء رجعت هذه الاستحالة إلى فعل المدين، كقيام المدين بالالتزام بتقديم حساب باعدام المستندات المثبتة لهذا الحساب، إذ في هذه الحالة لامجال إلا للحكم بالتعويض، أو رجعت إلى سبب أجنبي، وفي هذه الحالة سوف ينقضي الالتزام ولا يحكم على المدين بشئ.

الشرط الثاني: أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه: ان مجال التهديد المالي ينحصر في الحالات التي لا يمكن فيها بلوغ

---

(١) انظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٩٠٣ ص ٧٨٤، وانظر تطبيقات القانون الفرنسي هذا المجال.

Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., Note. 25, p. 454.

التنفيذ العينى مباشرة عن طريق ما رصده المشرع من وسائل فى هذا الصدد على النحو السابق بيانه، وذلك لانتفاء الغرض منها لوجود وسيلة أخرى تفوقها سرعة وجدوى.

حتى فى هذا المجال، يلزم أيضاً للالتجاء إلى التهديد المالى أن يكون تدخل المدين ضرورياً أو مفيداً لتحقيق التنفيذ العينى. من أمثلة ذلك الالتزام بتقديم حساب أو مستندات، أو الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ملحوظ فيه شخصية المدين، كتعهد فنان ممثل بالاشتراك فى مسرحية معينة، أو الامتناع عن التمثيل لمسرح معين، أو التزام هيئات الاحتكار بتقديم خدماتها للمستهلكين.

بالرغم من توافر هذا الشرط، إلا أن هناك من الحالات ما يمتنع فيها الالتجاء إلى التهديد المالى. من ذلك أن يكون فى الحكم بالتهديد المالى مساس بالحق الأدبى للمؤلف. فاذا تعهد كاتب لناشر بكتابة رواية مثلاً، أو إذا تعهد رسام لعميل برسم لوحة فنية، أو تعهد فنان بنحت تمثال لعميل معين، ثم امتنع المؤلف عن اتمام المصنف، أو رغم اتمامه امتنع عن تسليمه. فانه لا يجوز فى هذه الأحوال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأن فى الالتجاء إلى التهديد المالى فى هذه الأحوال اعتداء على حقه الأدبى فى تقدير ملاءمة نتاجه الفكرى للنشر أو للعرض من عدمه. ولا يكون أمام الدائن من سبيل إلا الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

لكن يجب ألا يكون امتناع المؤلف عن القيام بالمصنف أو تسليمه راجعاً إلى اغراء بعرض أكبر من ناشر أو عميل آخر وإلا جاز الالتجاء إلى التهديد المالى لحمله على تنفيذ التزامه.

سلطة القاضى فى الحكم بالغرامة التهديدية: إذا توافرات هذه الشروط جاز للمحكمة عند اصدارها لحكمها بالزام المدين بالتنفيذ العينى، أن تلزمه من تلقاء نفسها بدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن التنفيذ[1] لأن سلطة القاضى ليست قاصرة على أن يقرر حكم القانون Jurisdictio فحسب ولكن من سلطته أيضاً أن يؤمن لأحكامه الفعالية المطلوبة « Imperium »[2].

والحكم بالغرامة التهديدية يدخل فى اختصاص كافة أنواع المحاكم من عادية

---

(١) انظر عكس ذلك السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٨٠٢ ص ٧٨٤ حيث يرى ضرورة أن يطالب الدائن بالتهديد المالى، وأيضا محمود جمال الدين زكى، الوجيز فى النظريات العامة للالتزامات ١٩٧٨، فقرة ٣٨٠ ص ٧٥١.

(٢) - Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 639, p. 453.

وانظر فى تأييد وجهة النظر هذه، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨، ص ٢٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٨٤، ص ١٥٧، جلال العدوى، المرجع السابق، ص ١٣٠

أو استثنائية، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضى فى التزام مدنى. كما أن هذا الاختصاص ثابت لقاضى الأمور المستعجلة دون أن يصل إلى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض حيث أن ذلك يخرج عن سلطته[1].

الحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازى لمحكمة الموضوع تقدره بحسب ظروف الدعوى، ولا يخضع تقديرها فى هذا الشأن لرقابه محكمة النقض، أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة فمسألة قانونية تدخل فى اختصاص هذه المحكمة. كما أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز ابداءه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لأن هذا الطلب لا يعتبر فى الحقيقة طلباً قضائياً بالمعنى المعروف.

٣ - خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته :

ان الهدف من الغرامة التهديدية، كوسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه عيناً، له تأثيره الواضح على خصائص وطبيعة الحكم الصادر بها وأثره.

(أ) خصائص الحكم بالغرامة التهديدية وطبيعته: يتميز الحكم بالتهديد المالى بخصائص ثلاثة:

الخاصية الأولى: انه وسيلة تهديدية Comminatoire وهذه الخاصية تكشف بوضوح الهدف من التهديد المالى، حيث أن العلة من وجوده هو الضغط على ارادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. ولذلك كان تقدير التهديد المالى عن كل وحدة من الزمن يتأخر فيها المدين عن تنفيذ التزامه، أو عن كل مرة يخل فيها بالتزامه، ولا يتم تقديره بمبلغ اجمالى دفعة واحدة، وذلك حتى تتحقق الحكمة منه وهو الضغط على ارادة المدين، فاذا طال وقت تأخره عن التنفيذ كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية. كما أن تقدير التهديد المالى يكون تقديراً تحكمياً فلا مقياس له إلا المقدار الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق غايته، وهى حمل المدين على التنفيذ ولذلك يراعى فيه القاضى المركز المالى للمدين، ودرجة تعنته. فلا يشترط فيه أن يكون مقارباً للضرر، بل يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضى أن يزيد فيه كلما رأى داعياً للزيادة (م ٢/٢١٣ مدنى) وبهذه الخاصية يتميز الحكم بالغرامة التهديدية عن الحكم بالتعويض. إذ التعويض لابد أن يكون على قدر الضرر.

الخاصية الثانية: أن الحكم بالغرامة التهديدية يعد حكماً وقتياً Provisoire مصيره إلى التصفية Liquidation وفقاً للموقف النهائى للمدين. ويترتب على ذلك

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٨٤، ص ١٥٧.

أن المحكمة التي أصدرته تملك اعادة النظر فيه. كما أن هذا الحكم لا يكون واجب التنفيذ، إلا إذا تحول إلى تعويض نهائي[1].

الخاصية الثالثة: الغرامة التهديدية لا تعتبر ديناً محققاً في ذمة المدين. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز التنفيذ بالحكم الصادر بها على أموال المدين، بل يجب الانتظار لحين التصفية النهائية لأنها ليست ديناً محدداً، حتى يعاد النظر فيه، فينفذ بالمبلغ الذى يحكم به القاضي كتعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ على حسب الأحوال. ولذلك لا تعتبر الغرامة التهديدية عقوبة خاصة[2]، لأن العقوبة واجبة التنفيذ.

(ب) أثر الحكم بالتهديد المالي: بعد الحكم بالغرامة التهديدية على المدين، فان هذا الحكم قد يؤتى ثماره ويقلع المدين عن عناده ويعمد إلى تنفيذ التزامه. وقد يتبدد أثره ويصر المدين على موقفه ويصمم على عدم التنفيذ. وفي الحالتين يكون الموقف قد تكشف نهائياً، فلم يعد هناك جدوى من إستبقاء التهديد المالي بعد أن استنفذ غرضه. ومن ثم وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة، أى مصير الغرامة التهديدية إلى التصفية: فاذا كان المدين قد رضخ في النهاية وقام بتنفيذ التزامه، فانه سيطلب من القاضي أن يحط عنه الغرامة ولن يحكم عليه إلا بتعويض عن التأخير وهو بطبيعة الحال أقل من مقدار الغرامة التهديدية، ولو أن القاضي يراعى في تقديره، بجانب الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير، مقدار العنت الذى بدأ من المدين. ولن أصر المدين على عناده نهائياً، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء ولكن ينبغي أن يراعي في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض[3].

وفي فرنسا قد أعطى قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ لنظام الغرامة التهديدية فعالية أكثر باعادة تنظيمها من جديد. وقد أقر النظام الجديد نوعين من الغرامة التهديدية، الغرامة التهديدية المؤقتة، وهي تمثل المبدأ، وتحتفظ بكل السمات التقليدية لهذا النظام

---

(١) وقد احتفظت الغرامة التهديدية في فرنسا بهذه الخصائص في قانون ٥ يوليو ١٩٧٢، وان كان أجاز هذا القانون للقاضي الحكم بعدم تصفيتها والحكم فيها بصفة نهائية أنظر:
Ph. Malaurie. L. Aynès, Op. Cit., No. 641, 454. A Weill. F. Terré droit civil. Les obligations, 4 èd. Dalloz 1986 No. 834, p. 851, notam No. 237, p. 856.
J. Carbonnier, Droit Civil, les obligations t. 4, P. U. F. 1979, No. 145, p. 579 et S.
B. Starck, Droit civil. Obligations, 1972, No. 2516, p. 762 et S.

(٢) أنظر عكس ذلك، أستاذنا الدكتور جلال العدوى، المرجع السابق، ص ١٣٣ وفي فرنسا بعد قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ أصبحت الغرامة التهديدية عقوبة خاصة في الحالة التي يحكم بها القاضي بصفة نهائية دون تعديل. أنظر
Ph. Malaurie, L. Auyes. Op. Cit., No. 641, p. 454

(٣) المذكرة الايضاحية، الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٤٠

والسابق بيانها. والغرامة التهديدية نهائية، حيث اجاز القانون للقاضي الحكم بالغرامة بصفة نهائية دون أن يقوم بتصفيتها. وهذا النوع له بطبيعة الحال تأثير فعال ويؤدي إلى اثراء الدائن بصورة مبالغ فيها. وتأخذ الغرامة التهديدية في هذه الحالة شكل العقوبة الخاصة وهذا النظام يتعرض لانتقادات شديدة من جانب الفقه[1].

---

(1) - Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 641. p 45

من أجل ذلك قد صدر قانون ٩ يوليو ١٩٩١ الخاص بتعديل اجراءات التنفيذ المدنية والذى نقح وحدث أحكام الغرامة التهديدية (يدخل فى نطاق التطبيق اعتباراً من أول يناير ١٩٩٣) هذا القانون لـه الفضل فى تحسين أحكام الغرامة التهديدية من ثلاث نواح: نطاق الاختصاص بالحكم بالغرامة التهديدية، طريقة تصفيتها، وكيفية تنفيذها، أنظر فى ذلك:

E. Chabas, La reforme de l'astreintc. D. 1992, p. 299.

R. Perrot, l'astreinte ses aspects nouveaux,Gaz. Pal, 2 sem. 1991, p. 801.

الفرع الثانى
التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض

سبق أن رأينا أن التنفيذ العينى هو الأصل. ولهذا كان التنفيذ بمقابل او التنفيذ عن طريق التعويض هو طريق يلجأ إليه الدائن عندما لا يستطيع أن يتحصل على التنفيذ العينى. وعلى ذلك فالتنفيذ بمقابل يعد طريقاً احتياطياً أو بديلاً للتنفيذ العينى لا يلجأ إليه الدائن إلا إذا تعذر التنفيذ العينى. ولذلك يجب أن نحدد نطاق التنفيذ بمقابل، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية تقديره.

أولاً – نطاق التنفيذ بمقابل

فى هذا الصدد سوف ندرس حالات التنفيذ بمقابل، ثم نعرض للتعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير، وأخيراً لامكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره.

١ - حالات التنفيذ بمقابل :

ان الزام المدين بالتعويض لا يعنى انشاء التزام جديد فى ذمته، وانما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت فى ذمته من قبل. ولذلك فان التأمينات التى كانت قد تقررت ضماناً للالتزام تظل ضامنة لوفاء المدين بالتعويض عند الاخلال به.

فالتنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما لحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره فى هذا التنفيذ. فهو اذن ليس إلا وسيلة احتياطية لا يحتم الالتجاء إليها إلا إذا تعذر تنفيذ ذات الالتزام بكافة الشروط التى نشأ بها[١]. ولذلك تتلخص هذه الحالات فيما يلى:

أ - اذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بخطأ المدين[٢]. هذه الاستحالة متصورة بالنسبة للالتزام أياً كان محله عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود حيث أن التنفيذ العينى لهذا الالتزام يعتبر ممكناً دائماً.

ب - اذا كان التنفيذ العينى للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين شخصياً، ولم تجد الغرامة التهديدية فى التغلب على تعنته وامتناعه.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦ ص ٩.

(٢) نقض ١٩٩١/٥/١٦ س ٤٢ ص ١١٣١ «الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العينى، وأن تقدير تحقق تلك الاستحالة مما يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة».

جـ - إذا كان التنفيذ العينى ممكناً ولكن فيه ارهاقاً للمدين، وإذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

د - إذا كان التنفيذ العينى ممكناً، ولكن لم يطلبه الدائن ولم يعرضه المدين، وبذلك يكون قد اتجهت ارادتهما معاً إلى التنفيذ بمقابل، رغم امكانية التنفيذ العينى.

إذاً كانت هذه هى حالات التنفيذ بمقابل فما هى أنواع هذا التنفيذ.

٢ - التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير :

سبق أن رأينا أن التنفيذ بمقابل وسيلة علاجية تعوض الدائن عما يلحقه من ضرر نتيجة لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو لتأخره فى هذا التنفيذ.

وعلى ذلك فالتعويض نوعان، تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير وكلاهما تنفيذ بمقابل. وهذا واضح فى التعويض عن عدم التنفيذ حيث يلزم المدين الذى لم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، بتعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه. وكذلك الحال إذا لم ينفذ المدين التزامه سوى تنفيذاً جزئياً أو معيباً، فيلزم بتعويض النقص. وهو صحيح أيضاً فيما يتعلق بالتعويض عن التأخير إذ أن التنفيذ لا يكون كاملاً إلا إذا قام به المدين فى ذات الظروف التى كان عليه تأديته فيها، ولذلك يتضمن التأخير فى التنفيذ اخلالاً جزئياً بالالتزام. فاذا كان المدين لم يوف بدينه إلا متأخراً كان التنفيذ العينى غير كامل، وألزم بتعويض يحل محل هذا النقص هو التعويض عن التأخير.

ومن المتصور أن يجتمع نوعا التعويض معاً - وذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه فالزم بتعويض عن التأخير، ثم أصر على عدم التنفيذ أو أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعله، فيلزم بتعويض عن عدم التنفيذ. وإذا تم التنفيذ العينى متأخراً كان للدائن أن يجمع بينه وبين التعويض عن التأخير. وعلى العكس لا يجتمع التنفيذ العينى والتعويض عن عدم التنفيذ إلا فى الحالات التى يكون التنفيذ العينى فيها ناقصاً أو معيباً، فيكون للدائن تعويضاً عن عدم تنفيذ جزئى[١].

٣ - امكانية التنفيذ بمقابل لكل التزام أياً كان مصدره :

كل التزام، أياً كان مصدره، يجوز تنفيذه عن طريق التعويض فالالتزام العقدى أياً كان محله، يكون تنفيذه بطريق التعويض فى الحالات التى تقدم ذكرها.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥ ص ٨، ٩.

والالتزامات التى لا يكون مصدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض. فالعمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض، وهذه المسئولية التقصيرية. والاثراء بلا سبب مصدر للالتزام بالتعويض وكثيراً من الالتزامات القانونية الأخرى يكون تنفيذها بطريق التعويض، كالتزام الجار بألا يضر بجاره ضرراً فاحشاً، والالتزام بعدم افشاء سر المهنة. وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عيناً، كالالتزام بالنفقة والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام، ومع ذلك يجوز عند الاخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض[1].

ثانياً – كيفية تقدير التعويض

الأصل فى تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضى، لكن فى نطاق الالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفات مقدماً على مقدار التعويض الذى يلتزم به المدين إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر فى الوفاء به، وهذا هو التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى وأخيراً قد يتكفل القانون بتقدير التعويض الذى يستحق عن التأخير فى تنفيذ الالتزام، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير، وهذا هو التعويض القانونى. وهذا التعويض الأخير يتعلق فقط بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، حيث أن لا محل فيه للتعويض عن عدم التنفيذ، إذ هو قابل للتنفيذ العينى دائماً.

وبذلك سندرس فى ثلاث مباحث على التوالى :

- التعويض القضائى.
- التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى.
- التعويض القانونى.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٤٥٩ ص ١٢٥

المبحث الأول
التعويض القضائي

القاعدة فى القانون المصرى أنه لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨ مدنى). ولذلك يجب قبل الخوض فى تفاصيل أحكام التعويض القضائى أن نعرض للاجراء الواجب أن يقوم به قبل المطالبة بالتعويض وهو الاعذار. ويكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار (م ٢٦٩ مدنى).

المطلب الأول
الأعذار

ولدراسة الأعذار ينبغى أن نعرض أولاً: لنطاقه، وذلك لمعرفة هل يشترط الأعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك الحالات التى لا يلزم فيها الاعذار ثم ثانياً: لنظامه فنحدد المقصود به، ثم نعرف كيف يتم ؟ وأخيراً نقف على آثاره.

أولاً : نطاقه

نقصد من وراء ذلك معرفة متى يلزم الاعذار، هل يلزم لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ كما هو لازم بالنسبة للتعويض عن التأخير ؟ هل هو ضرورى فى جميع الأحوال، أم أن هناك حالات لا يلزم فيها الأعذار ؟

١ - هل يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ ؟

ليست هناك اجابة واحدة على هذا التساؤل، حيث ان الفقه قد اختلف فى هذا الصدد. ولكن قبل عرض الآراء المختلفة يجب أن نحدد المقصود بهذا التساؤل.

فالمقصود بهذا التساؤل هو تحديد الضرر الذى يشمله التعويض عن عدم التنفيذ بمعنى هل يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ، بحيث لا يشمل التعويض من الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ سوى تلك التى تحققت بعد الاعذار، كما هو الشأن بالنسبة للتعويض عن التأخير فى التنفيذ ؟ أم أن هناك فرقاً بين نوعى التعويض، فلا يشترط الاعذار فى التعويض عن عدم التنفيذ، بل يكون هذا التعويض شاملاً لكافة الأضرار الناتجة عن عدم التنفيذ ولو لم يكن قد سبق للدائن أن أعذر مدينه[1].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٢، ص ٦٠ وأنظر فى فرنسا:

A. Weill, F. Terrè, Op. Cit., No. 426, p. 407.

من الفقهاء من يرى أنه يشترط الاعذار لاستحقاق التعويض عن عدم التنفيذ استناداً إلى اطلاق عبارة المادة ٢١٨، وإلى ما جاء فى المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذا النص[1] وقد قضت محكمة النقض بذلك فى ظل التقنين المدنى السابق[2] والقضاء الفرنسى اعتباراً من حكم محكمة النقض فى ١١ يناير سنة ١٨٩٢ وإلى أن صدر حكم محكمة النقض فى ٥ يناير ١٩٣٨ والذى قضى على خلاف الحكم الأول[3].

هذا الرأى لا يتفق مع العلة التى من أجلها تقرر الاعذار، حيث ان الغرض منه هو نفى مظنة التسامح فى التأخير فى جانب الدائن[4]، فالتسامح الذى يفترضه القانون فى جانب الدائن الذى لم يعذر مدينه إنما ينصرف إلى وقت التنفيذ فحسب ولا يتصور أن يحمل سكوت الدائن محل الرضى بألا يتم التنفيذ أصلاً أو يكون ناقصاً أو معيباً[5]. ومن هنا جاءت التفرقة بين نوعى التعويض فيما يتعلق بوجوب الاعذار. فلا يستحق تعويض عن التأخير فى الفترة السابقة على الاعذار، لأنه يفترض قبل صدور الاعذار أن الدائن قبل ضمناً مد أجل الوفاء بالالتزام، ولا ينفى هذه القرينة عنه إلا صدور الاعذار. وبصدور الاعذار يتصور وقوع الضرر الناشئ عن التأخير فيستحق التعويض من هذا الوقت[6]. أما التعويض عن عدم التنفيذ فهو يستحق عن واقعة لا شأن للاعذار بها وهى واقعة الاخلال اخلالاً نهائياً بالتزام فيشمل كافة الأضرار الناتجة من هذا الاخلال، ولا محل للبحث فيما إذا كان الدائن قد اعذر مدينه أو لم يعذره أو فيما إذا كان الضرر قد تحقق قبل الاعذار أو بعده[7] وهذا أيضاً الاتجاه السائد فى القضاء الفرنسى، وان كان مازال هناك بعض التردد[8].

على ضوء ما تقدم فانه يقتضى تخصيص حكم المادة ٢١٨ بقصره على التعويض عن التأخير[9]. وهذا ينصرف إلى الحالة التى يتخلف فيها المدين عن تنفيذ التزامه فى وقت معين، ويظل التنفيذ العينى ممكناً بعد فوات ذلك الوقت. فلا

---

(١) أنظر محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٧٠، ص ٧٣٥، ٧٣٦، قارن السنهورى، الوسيط، جزء ٢ فقرة ٤٦٨، ص ٨٤٣ وعبد المنعم فرج الصده، أحكام الالتزام، فقرة ١٣، ٢٦.

(٢) أنظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٣.

(٣) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426, p. 447.

(٤) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٦١.

(٥) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٥، ص ١٠٤

(٦) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٠، ص ١٣٧.

(٧) اسماعيل غانم، مرجع السابق، فقرة ٤٥ ص ١٠٤ وفى فرنسا

A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426, p. 447.

(٨) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426, p. 448.

(٩) وبالتالى يكون المقصود من الاعذار وضع المدين فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه بانذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه، كالمطالبة القضائية، انظر فى ذلك نقض ٢٠/٢/١٩٩١ س ٤٢ ص ٥٢٣، نقض ٩/٣/١٩٨٩ س ٤ ص ٧٣٥.

يكون هذا التخلف اخلالاً نهائياً بالالتزام، فإن ترتب عليه بذاته ضرر بالدائن بحيث لا يكون من شأن التنفيذ اللاحق لو تم بعد ذلك أن يتداركه. كان هذا الضرر ناتجاً من تأخير فى التنفيذ ويدخل فـى نطـاق التعويض عن التأخير وبالتالي لا يستحق التعويض عنه إذا لم يكن المدين معذراً عند وقوعه. أما إذا لم يقم المدين بالتنفيذ العينى بعد ذلك بحيث تحول تخلفه عن التنفيذ إلى اخلال نهائي بالالتزام، فان الدائن يصبح له حقاً في التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير ويستحق الأول دون اعذار ولا يستحق الثانى ان لم يكن المدين معذراً. ويتضح مـن ذلك أن نطاق التعويض عن التأخير لا يقتصر على الأضرار التى تصيب الدائن فـى حالة ما إذا تم التنفيذ العينى متأخراً، بل هو يمتد إلى الحالة التى ينحول فيها تخلف المديـن عن التنفيذ إلى اخلال نهائى بالالتزام. وهذا ما يفسر الخلاف الفقهى السابق حيث أنه فى بعض الأحيان تدق التفرقة بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخير.

٢ – الحالات التى لا يلزم فيها الاعذار :

هناك حالات لا يلزم فيها الاعذار، ويعتبر مجرد حلول أجل الوفـاء بـالالتزام اشـعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه دون حاجة إلى أى اجراء، وإلا كان مسئولاً عن التعويض وهذه الحالات يمكن ردها إما إلى اتفاق الطرفين أو إلى طبيعة الأشياء، أو إلى نص القانون.

أولاً – الحالات المستثناه بالاتفاق :

قاعدة وجوب الاعذار ليست من النظام العام، بل هى مقررة لمراعاة مصلحة المدين وحده. ولذلك أجازت المادة ٢١٩ الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلى أى اجراء وقد يكون هـذا الاتفـاق صريحـاً أو ضمنياً مثل الاتفاق الضمنى فيشترط التسليم فوراً فى عقود التوريدات أو يوجب رب العمل على المقاول اتمام البناء فى تاريخ معين. وهذا الاتفاق الضمنى يستخلصه القاضى من أحكام العقد طبقاً للقواعد العامة فى التفسير، ولذلك يجب أن يكون هذا الاتفاق الضمنى ليس محل شك، وإلا وجب تفسير هذا الشك فى مصلحة المدين، ويكون بذلك الأعذار واجباً، فالاتفاق على شرط جزائى لا يكفى لاعفاء الدائن من الاعذار.

ثانياً – الحالات المستثناه بطبيعتها :

هناك من الحالات ما تقتضى فيها طبيعة الأشياء اعفاء الدائن من واجب الاعذار، ولا يغير من هذا الوضع أن المشرع قد نص عليها فى التقنين المدنى الحالى (م ٢٢٠ مدنى مصرى) أو فى التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٤٥، ١١٤٦)[١]. لأن

---

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 421, p. 443.

طبيعة الأشياء تفرض الاعفاء من هذا الاعذار فى هذه الحالات دون نص كما هو الحال فى التقنين المدنى السابق[١]، وهذه الحالات هى:

١ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، فلا معنى اذن لأعذار المدين، ويستحق التعويض عليه دون حاجة إلى اعذاره[٢] من ذلك:-

- أن يكون محل الالتزام امتناعاً عن عمل وأتاه المدين، فلا فائدة من الاعذار فى هذه الحالة إذا أصبح التنفيذ العينى غير ممكن[٣].

- إذا كان محل الالتزام القيام بعمل وصدر من المدين ما يجعل تحقيقه مستحيلاً، مثل المالك الذى يتصرف بالبيع فى عقاره مرتين، ويسجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل المشترى الأول.

- إذا كان تنفيذ الالتزام واجباً قبل فوات ميعاد معين، فانه لا ضرورة لاعذار إذا فات الميعاد دون أنْ ينفذ المدين التزامه. كأن يلتزم محام برفع استئناف عن حكم وينقض الميعاد قبل رفعه، أو يلتزم مقاول بناء صالة عرض لأحد العارضين وينتهى المعرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه[٤].

- إذا كان مصدر الالتزام عقداً من عقود المدة، فانه لا ضرورة للاعذار إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه الزمنى لاستحالة تداركه لفوات الزمن. كالتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة فى فترات دورية معينة وعدم قيامه بذلك خلال فترة زمنية معينة، وكالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ابتداء من تاريخ معين وعدم قيامه بذلك.

٢ - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل غير مشروع ويبرره البعض بأن ذلك يعتبر اخلالاً بالتزام قانونى بامتناع عن عمل وهو الالتزام بعدم الاضرار بالغير[٥] ولذلك لا يتصور بصدده الاعذار ويرى الفقه الراجح ان تبرير هذا الحكم يرجع إلى أن الالتزام بعدم الاضرار بالغير ليس التزاماً بالمعنى الفنى

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٢ ص ١٣٨.
(٢) نقض ١٩٨٩/٣/٢٦، س ٤٠ ص ٨٤٠.
(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦١ ص ١٣٨ السنهورى، موسيط جزء ٢ فقرة ٤٦٦ ص ٨٣٧.
A. Weill, Γ. Terré, Op. Cit., No. 421, p. 443 et 444.
(٤) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٦ ص ٨٣٧.
A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 421, p. 443 et 444.
(٥) قارن السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٦، ص ٨٢٨، حيث يرى أنه اخلال بالتزام بعمل، وهو الالتزام باتخاذ الحيطة الواجبة بعدم الاضرار.

الدقيق، بل هو واجب قانوني عام يتساوى فيه جميع أفراد المجتمع، أما الالتزام بالمعنى الفني فهو التزام بالتعويض عن الضرر المترتب على الخطأ، وبالنسبة لهذا الالتزام من المتصور أن يدعو الدائن المدين إلى القيام به. والإعذار فيه إذن ليس مجرداً من المعنى، ولكن لما كان المدين مقصراً من يوم نشوء التزامه بمصدر الالتزام حر ارتكاب خطأ سبب ضرراً، فقد رأى القانون في ذلك سببا كافيا لاعفاء الدائن من الاعذار[1].

٣ - إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه فبعد هذا التصريح القاطع لا جدوى في اعذاره حيث أنه عقد العزم على الامتناع عن تنفيذ التزامه.

وقد اشترط القانون أن يكون هذا التصريح كتابة، فلا يكفى التصريح أمام شهود. ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الكتابة مستلزمة هنا للاثبات، ولذلك يقوم مقامها الاقرار أو النكول عن اليمين[2]. بينما يرى البعض الآخر أن الكتابة في هذه الحالة لا يقتصر دورها على مجرد اثبات واقعة التصريح، بل قصد بها أيضاً اثبات جديته[3]. في فرنسا، وكما كان الحال في ظل التقنين المدني السابق، لا يشترط أن يكون تصريح المدين مكتوباً ولكن يكفي اعلان المدين اصراره على التنفيذ[4].

ثالثاً - الحالات المستثناه بنص في القانون :

كما لو كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق، أو رد شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، فلا داعى للاعذار حيث أن المدين سئ النية (م ٢٢٠ مدنى). وهناك حالات أخرى متفرقة في نواحى القانون، نص فيها على وجوب تنفيذ المدين لالتزامه دون حاجة إلي اعذار، من ذلك ما قضت به المادة ٢/٧٠٦ من أن الوكيل ملزم بفوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها على خلاف القواعد العامة، حيث لا تستحق إلا من يوم المطالبة القضائية، ومنها ما قضت به المادة ٧١٠ مدني من أن الموكل يلزم بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق، وذلك على خلاف القواعد العامة، ومن ذلك أيضاً المواد ١٩٥، ٥١٠، ٥٢٢، ٣/٨٠٠ مدني.

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤، ص ١٠٠ وقارن عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٠، ص ٥٩، وأيضا:

A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 424, p. 445.

(٢) أنظر السنهورى، المرجع السابق، الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٦٩ ص ٨٣٣، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٦٢، ص ١٣٩.

(٣) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٤ ص ١٠١، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٣٦٩، ص ٧٣٥.

(٤) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 422, p. 444.

ثانياً : نظامه

وفى هذا الصدد ندرس المقصود بالاعذار، وكيف يتم، وآثاره:

١ - المقصود بالاعذار: يقصد بالاعذار وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه، ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفى فى جعل المدين فى هذا الوضع القانونى[1] حيث أن التأخر فى التنفيذ حالة قانونية الأصل فيها أنه لا يكفى لقيامها مجرد التأخر الفعلى[2]، وانما يلزم أن يسجله الدائن عليه بالاعذار[3].

والعلة فى اشتراط الإعذار أن مجرد استحقاق أداء الالتزام لا يكفى لجعل المدين معذراً، لأنه قد يحل أجل الالتزام مع ذلك يسكت الدائن عن مطالبة المدين بالتنفيذ، فيحمل ذلك منه محل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين فى تنفيذ التزامه، وقد رضى ضمنياً بمد الأجل مادام يستطيع الانتظار دون ضرر يصيبه من ذلك، لذلك إذا أراد الدائن أن يقوم المدين بالتنفيذ بغير ارجاء، فعليه أن يفصح له عن رغبته هذه بالطرق التى رسمها القانون، فيكون بذلك قد أعذره، ويكون على المدين فى هذه الحالة أن يقوم بالتنفيذ فوراً والا ترتبت على تأخره نتائج قانونية.

وإذا كان هذا الاجراء يتسق مع التقاليد الموروثة إلا أنه لم يعد يتلاءم مع الظروف الاقتصادية المعاصرة، وبصفة خاصة الائتمان، ولذلك قد عدلت عنه الكثير من التشريعات المعاصرة. واعتبرت أن مجرد حلول أجل الالتزام كاف لاشعار المدين بوجوب التنفيذ دون حاجة لاعذار، ويصبح المدين مسئولاً عن التعويض إذ تأخر عن تنفيذ التزامه بعد حلول الأجل.

أما التقنين المدنى المصرى فقد ظل على احترامه للتقاليد الموروثة عن القانون الفرنسى ونص على أنه لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين. ما لم ينص على غير ذلك (م ٢١٨). وسبق أن رأينا أن هذا النص قاصر فقط على التعويض عن التأخر فى التنفيذ دون التعويض عن عدم التنفيذ.

٢ - كيف يتم الاعذار :

تنص المادة ٢١٩ مدنى على أن يكون اعذار المدين بانذاره أو بما يقوم مقام الانذار: فالأصل أن يكون اعذار المدين بانذاره والانذار ورقة رسمية من أوراق

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٤٦٤ ص ٨٣٠.
(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٤٦٤ ص ٨٦١ هامش ٢
(٣) نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ص ٧٣٥، ١٩٩١/٢/٢٠ س ٤٢ ص ٣

المحضرين يبدى فيها الدائن للمدين رغبته في إستيفاء حقه[1]. وقد بين قانون المرافعات كيفية اعلان الانذار (م ٦ مرافعات وما بعدها).

ويقوم فى اعذار المدين، مقام الانذار أية ورقة رسمية تعلن إلى المدين، يتبين منها أن الدائن يريد أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه. من ذلك التنبيه الرسمى على المدين بالوفاء والسابق على اجراء التنفيذ بطريق الحجز، والتكليف بالحضور أمام المحكمة ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، ومحضر الحجز وهو من أعمال التنفيذ.

أما الأوراق غير الرسمية فانها لا تكفى كوسيلة للاعذار فى المسائل المدنية، إلا إذا كان متفقاً بين الدائن والمدين على أنها تكفى. ومن قبيل هذه الأوراق الخطابات ولو كانت مسجلة والبرقيات. وعلى ذلك ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق، على الاكتفاء فى الاعذار بخطاب عادى غير مسجل أو حتى بمجر خطاب شفوى وان كان يصعب على الدائن فى هذه الحالة أن يثبت حصول الاعذار.

أما فى المسائل التجارية فيكفى فيها أن يتم الاعذار بورقة غير رسمية، وفقاً للعرف التجارى، بل يكفى الاخطار الشفوى فى الأحوال التى يكتفى فيها العرف التجارى بهذا الاخطار.

وأياً كان الاجراء المتبع فى اعذار المدين، سواء كان بورقة رسمية طبقاً للقاعدة العامة أو كان بورقة غير رسمية أو باخطار شفوى وفقاً للعرف التجارى أو بمقتضى الاتفاق، فانه يتعين أن تبدو به رغبة الدائن واضحة فى أن يقوم المدين بالتنفيذ فوراً واستظهار ارادة الدائن هذه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه[2].

٣ - آثار الاعذار :

ان الأثر الرئيسى الذى يترتب على الاعذار هو أن المدين يصبح مسئولاً عن التعويض عن جميع الأضرار التى تلحق بعد ذلك من جراء التأخير فى التنفيذ. ولذلك وضع المشرع القواعد المنظمة للاعذار فى الفصل المخصص للتعويض. غير أن هناك آثار أخرى تتجاوز بها أهمية الاعذار موضوع التعويض عن التأخير[3]. ونستعرض من هذه النتائج أثر الاعذار فى نقل تبعة الهلاك وضرورته لاقتضاء التنفيذ العينى[4].

---

(١) نقض ١٩٨٩/١/٢٦ س ٤٠ ص ٢٩٥. « ... الاعلان بصحيفة دعوى التعويض شرط اعتباره اعذاراً اشتماله على تكليف المدين بالوفاء. محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير اشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه دون رقابة من محكمة النقض متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ».

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٣ ص ٩٢.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٨٩.

(٤) أنظر أيضاً المادتين، ١٥٧، ١٥٨ فى ضرورة الاعذار للفسخ.

(أ) يصبح المدين مسئولا عما يحلق الدائن من ضرر نتيجة لتأخره فى تنفيذ الالتزام بخطئه (م ٢١٨). فيترتب على الاعذار استحقاق الدائن تعويضاً عن جميع الأضرار التى تلحق بعد ذلك من جراء التأخير فى التنفيذ أما فى الفترة السابقة على الاعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخر فى التنفيذ. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢١٨ حيث تقضى بأنه «لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين» وتوافر شروط استحقاقه.

ويلاحظ أنه بالنسبة لفوائد التأخير وهى تعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يكفى مجرد اعذار عادى لاستحقاقها - فهى لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية. وسوف نعرض لذلك تفصيلاً فيما بعد.

(ب) نقل تبعة الهلاك من طرف إلى آخر (م ٢٠٧ مدنى). المقصود بالبحث، فى تبعة الهلاك حالة هلاك الشئ بقوة قاهرة. ولنفهم هذا الموضوع يجب أن نرجع إلى القواعد العامة فى هذا الصدد، حيث أن الأصل فى هلاك الشئ بقوة قاهرة أن يتحمل المالك تبعة الهلاك. ولا يستثنى من هذا الأصل سوء حالات معدودة أهمها حالتان:

الحالة الأولى: خاصة بالعقود الملزمة للجانبين ان كانت ناقلة للملكية. إذ أن تطبيق قواعد تبعة العقد الملزم للجانبين يؤدى إلى جعل هلاك الشئ على المدين بالتسليم ولو كان قد أصبح غير مالك بأن كانت الملكية قد انتقلت إلى الطرف الآخر تنفيذاً للالتزام بنقل الملكية. ذلك أن انقضاء الالتزام بالتسليم نتيجة لاستحالة تنفيذه بهلاك الشئ بقوة قاهرة، يؤدى حتماً إلى انقضاء التزام الطرف الآخر باداء المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩) ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم فى هذه الحالة ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية، فالالتزام بالتسليم ولو أنه التزام تبعى إلا أنه ليس التزاماً ثانوياً، بل ان تنفيذه ضرورى لكى يستكمل فعلاً تنفيذ الالتزام الأصلى بنقل الملكية إذ لا تخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم ومن ثم كان الهلاك على المدين بالتسليم حتى بعد انتقال الملكية إلى الدائن. وعلى ذلك إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن، ووقعت تبعة الهلاك على البائع المدين بالتسليم (م ٤٣٧ مدنى)[1].

الحالة الثانية: هى حالة الحائز سئ النية. والحائز، سواء كان حسن النية أو سئ النيه مدين برد الشئ إلى مالكه. فاذا هلك الشئ بقوة قاهرة، كان الهلاك

---

(١) نبيل سعد، العقود المسماه، الجزء الأول، البيع، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٩٧، ص ٣٣٢ وبصفة خاصة ٣٣٣ وهذا التأصيل يخرج عن ما هو مستقر عليه فى القوانين اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسى. وهذا الحكم مقتبس من الفقه الاسلامى ويتفق مع حكم القانون الالمانى واتفاقية جنيف فى ١٩٨٠/٤/١١ والخاصة بالبيوع الدولية للبضائع.

على المالك ان كان الحائز حسن النية. أما إذا كان الحائز سئ النية، يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا ثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه(م ٩٨٤)[١].

أما فى غير هذه الحالات الاستثنائية، فالقاعدة أن هلاك الشئ بقوة قاهرة على مالكه ولو كان الشئ محلاً للالتزام بالتسليم، وسواء كان المالك مديناً فى هذا الالتزام، كالمؤجر عليه التزام بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر عند بدء الايجار، أو كان المالك دائناً وهذا هو الغالب، مثل ذلك أن تهلك العين المؤجرة بين يدى المستأجر وهو مدين بردها عند انتهاء عقد الايجار، ومثله فى عقد المقاولة إذا تسلم المقاول شيئاً لاصلاحه فهلك قبل رده لرب العمل، وفى عقد الوديعة سواء كانت بأجر أو بغير أجر إذا هلك الشئ المودع لدى المودع عنده. فيكون هلاك الشئ على المؤجر أو رب العمل أو المودع، وهو مالك للشئ ودائن بتسلمه. هذا هو الأصل

ولكن من شأن الاعذار أن ينقل تبعة الهلاك - فإذا كانت تبعة الهلاك على المدين كما فى البيع قبل التسليم فانه يجب أن نفرق بين أثر اعذار المدين للدائن واعذار الدائن للمدين. فاذا أعذر البائع المشترى طالباً إليه أن يتسلم المبيع[٢]، وهلك المبيع بعد الاعذار وقبل التسليم، فان تبعة الهلاك تنتقل من المدين إلى الدائن، من البائع إلى المشترى، لكن يجب أن نلاحظ أن اعذار الدائن، المشترى، للمدين بالتسليم، البائع، قبل هلاك الشئ بقوة قاهرة، ثم هلاكه قبل التسليم، فان هذا الاعذار لم يغير من تبعة الهلاك، اذ تبقى على المدين بالتسليم وينقضى التزام الدائن أى المشترى بدفع الثمن فاهمية الاعذار في نقل تبعية الهلاك تتجلى لو قام به من تقع عليه هذه التبعية أما إذا جاء من الطرف الأخر الذي ليس عليه التبعية فلا يغير من الأمر شيئاً .

وفى الحالات الأخرى التى يكون فيها تبعة الهلاك على المالك، الدائن فى الالتزام بالتسليم، فان اعذار الدائن للمدين يؤدى إلى انتقال تبعة الهلاك من الدائن، المالك، إلى المدين بالتسليم. فاذا لم ينفذ المستأجر التزامه برد العين للمؤجر عند انتهاء عقد الايجار، واعذر المؤجر المستأجر طالباً إليه تسليم العين، وهلكت العين بعد الاعذار وقبل التسليم، فان تبعة الهلاك تنتقل من المؤجر إلى المستأجر، من الدائن إلى المدين. فالمدين بالرد هو المستأجر، وكان الهلاك على المؤجر وهو الدائن بالرد (المالك) فأعذر المؤجر المستأجر مطالباً اياه بالرد، ثم هلكت العين المؤجرة بعد الاعذار، فترتب على الاعذار أن انتقلت تبعة الهلاك إلى المدين ولو أن الهلاك كان قبل الاعذار على الدائن. ويصدق نفس الكلام على المقاول والمودع عنده إذا ما أعذرهما رب العمل أو المودع - وهذا ما تنص عليه المادة ٢٠٧ مدنى

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٠، ٩١.

(٢) وهذا اعذار من المدين للدائن سوف نتعرض له تفصيلاً عند الكلام عن أحكام الوفاء.

حيث تقضي بأنه «إذا التزم المدين أن ينقل حق عينياً أو أن يقوم بعمل، وتضمن التزمه ان يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر، فان هلاك الشئ يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن».

والأساس فى نقل تبعة الهلاك بعد الاعذار إلى المدين قرينة مقتضاها أنه لو كان المدين قد قام بالتنفيذ بمجرد اعذاره فسلم الشئ إلى الدائن، لما هلك الشئ بهذا الحادث الفجائي، غير أن هذه القرينة ليست قاطعة – فقد نصت المادة ٢/٢٠٧ على أنه «لا يكون الهلاك على المدين، ولو أعذر. إذا أثبت أن الشئ كان يهلك عند الدائن لو أنه سلم إليه، ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة».

ومع ذلك يتحمل المدين تبعة الهلاك إذا كان الشئ مسروقاً متى كان هو السارق، ولو أثبت أن المسروق كان يهلك عند المالك لو أنه رد إليه (م ٣/٢٠٧).

(جـ) اقتضاء التنفيذ العيني. فقد نصت المادة ١/٢٠٣ على أنه «يجبر المدين بعد اعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً».

على أنه ينبغي تحديد دور الاعذار فى التنفيذ العينى.

ولذلك فانه لا محل للاعذار فى الأحوال التى يتحقق فيها التنفيذ العينى بحكم القانون، كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات من وقت العقد بحكم القانون. كما أنه فى الحالات التى يتم فيها التنفيذ بواسطة السلطة العامة ممثلة فى المحضر، فان اشتراط الاعذار لا يضيف جديداً، سواء فى صورة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فيتم التنفيذ الجبرى عن طريق الحجر على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلنى أو فى صور الالتزام التى يجوز فيها الالتجاء إلى المحضر لقهر المدين على التنفيذ العينى، كما فى الالتزام بتسليم عقار حيث يقوم المحضر بقهر المدين على تسليمه للدائن. ففى الحالتين يجب، بمقتضى المادة ٢٨١ مرافعات أن يسبق التنفيذ اعلان السند التنفيذى لشخص المدين بالوفاء وبيان المطلوب. ولذلك يتضح أن التنفيذ الجبرى بواسطة المحضر لن يكون صحيحاً إلا إذا كان معذراً[١]

ولا يعنى اشتراط الاعذار لاقتضاء التنفيذ العينى أن الدعوى التى يرفعها الدائن مطالباً بالتنفيذ العينى لا تكون مقبولة إلا إذا سبقها اعذار المدين[٢]، إذ أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر اعذاراً ويقتصر أثر هذا الشرط على أنه إذا كان الدائن لم يقم باعذار المدين قبل رفع الدعوى فبادر المدين، بمجرد أن أعلن بصحيفتها، إلى تنفيذ التزامه عيناً، فلا يجوز الحكم عليه بمصروفات التقاضى، وانما يتحملها الدائن.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢، ص ٩٣.
(٢) نقض ١٩٩١/٢/٢٠ س ٤٢ ص ٥٢٣.

حيث أن المدين لا يعتبر متأخراً مادام لم يعذر قبل رفع الدعوى ومادام قد بادر إلى التنفيذ بمجرد رفعها فخسر الدائن مصروفات التقاضي وينحصر في هذه الخسارة جزاء اغفال الاعذار. وبذلك يتضح أن المادة ١/٢٠٣، في اشتراطها للاعذار لاقتضاء التنفيذ العيني، ليست لها سوى أهمية محدودة[1].

المطلب الثاني
النظام القانوني للتعويض

الأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض المستحق. لكن هذا التقدير لا يتم إلا إذا توافرت شروط استحقاقه. ولذلك يجب أن نعرض لشروط استحقاق التعويض ثم نعرض بعد ذلك لقواعد هذا التقدير، سواء من حيث طريقة التقدير، وعناصر هذا التقدير، ومداه، ثم لوسائل تنفيذ الحكم بالتعويض.

أولاً : شروط استحقاق التعويض (احالة)

القاعدة أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه» (م ٢١٥ مدني).

وهذا النص ينصرف إلى المسئولية المدنية بنوعيها، سواء أكانت مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية، ويتضح من ذلك أن شروط استحقاق التعويض هي نفس أركان المسئولية المدنية. وهذه الأركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

ولذلك نحيل إلى ما سبق أن درسناه بصدد المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية في الجزء الأول من نظرية الالتزام والخاص بمصادر الالتزام، واشترط القانون لاستحقاق التعويض عن التأخير شرطاً اضافياً وهو الاعذار على النحو السابق بيانه.

ثانياً : قواعد تقدير التعويض

في هذا الصدد سوف ندرس طريقة التعويض، ثم نعرض بعد ذلك لعناصره لنقف بعد ذلك على مداه.

١ - طريقة التعويض: التعويض النقدي والتعويض العيني:

الأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض. كما أن الأصل أن يقدر التعويض بالنقد، حيث أن الحكم بالتعويض النقدي يتميز ببساطته. كما أن صدور الحكم به كفيل بحسم المنازعات، إذ من اليسير على الدائن أن يستوفي التعويض النقدي قهراً بالتنفيذ على أموال المدين وبيعها.

---
(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٢ ص ٩٤ وبصفة خاصة هامش ٣.

ومع ذلك يجوز للقاضي، إذا طلب الدائن ذلك، أن يقضي بتعويض بغير النقود. وهذا ما يسمى بالتعويض العيني. مثال ذلك: في الالتزام بالمحافظة على شئ، أن يحل المدين بالتزامه فيسرق الشئ نتيجة لاهماله فيطلب الدائن الزامه بأن يسلم شيئاً مثله، أو يصاب الشئ بتلف فيطلب الدائن الزامه بان يقوم باصلاحه.

ويستفاد ذلك من أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة الحكم على المدين بالتعويض دون أن يحدد طريقة هذا التعويض (م ٢١٥ مدني). كما أنه ليس في المبادئ العامة ما يبرر منع القاضي من الحكم بأداء أمر آخر غير النقود إذا طلب الدائن ذلك ورأى القاضي أن اجابة هذا الطلب أنسب في تعويض الضرر[1] بل ان المشرع قد أجاز التعويض العيني صراحة في المسئولية التقصيرية. فمقتضى المادة ٢/١٧١ مدني «يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً لظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر باعادة الحالة إلى ما كانت عليه، او ان يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض» ولا مبرر لجعل حكم هذا النص قاصراً على المسئولية التقصيرية، بل يجب تطبيقه بطريق القياس في حالة الاخلال بالتزام بالمعنى الدقيق[2]، كالالتزام العقدي

ويترتب على اعتبار أن التعويض النقدي هو الطريق الأصلي في التعويض ما يلي:

أ - أن القاضي لا يحكم بالتعويض العيني من تلقاء نفسه، وانما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب من الدائن نفسه.

ب - إذا طلب الدائن الحكم بتعويض عيني فليس حتماً أن يجيبه القاضي إلى طلبه لأن الأمر جوازي للقاضي.

جـ - إذا طلب الدائن التعويض النقدي فليس للقاضي أن يحكم له بتعويض عيني، ولو عرض المدين ذلك.

وكل ذلك راجع إلى أن الحكم بتعويض عيني قد يكون في بعض الأحيان سبباً لمنازعات جديدة. مثل ذلك أن يلزم القاضي المدين بأن يقوم على سبيل التعويض العيني باصلاح الشئ الذي تسبب في تلفه، فقد يثور النزاع بعد ذلك بين المدين والدائن، فيدعي الأول أنه قد قام بما أمر به، ويدعي الثاني أن ما تم من اصلاح لم يكن كافياً. كما أن التعويض العيني قد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمتثل هذا لأمر القضاء، فيقتضي الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية، وقد ينتهي الأمر بعد

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٩.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١٠٩، ١١٠.

ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدى التعويض العينى رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدى[1].

ومما سبق يتضح أن هناك فرقاً جوهريا بين التعويض العينى والتنفيذ العينى. فالتنفيذ العينى حق للمدين كما هو حق للدائن. فللدائن الحق اقتضاء التنفيذ العينى وللمدين الحق فى أن يعرضه. وعلى ذلك فاذا طلب الدائن التنفيذ العينى فحكم القاضي بالتنفيذ بطريق التعويض كان حكمه قابلاً للنقض إذا لم يبين أن التنفيذ العينى كان مستحيلاً ومرهقاً للمدين طبقاً للمادة ٢/٢٠٣ مدنى. وكذلك الحال لو عرض المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه عينياً صحيحاً، فيتعين الحكم به ولو طلب الدائن تعويضاً نقدياً. وعلى العكس، إذا وجب التنفيذ بمقابل فللقاضى إذا طلب الدائن الحكم له بالتعويض العينى أن يحكم بتعويض نقدى، ولو لم يكن التعويض العيني مستحيلا أو مرهقا ، وذلك لان الأمر جوازي للقاضي . فيجوز له أن يقدر تبعا للظروف ما إذا كان طريق التعويض العينى المطلوب مناسبا او غير مناسب، ولا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض. وإذا طلب الدائن التعويض النقدى فلا يجوز الحكم بتعويض عينى ولو عرض المدين ذلك.

ومعيار التفرقة بين التنفيذ العينى والتعويض العيني يكمن فيما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم به المدين، حيث لا عبرة بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه. فاذا كان من شأن التنفيذ المطلوب أن يؤدى إلى حصول الدائن على عين ما التزم به المدين كان ذلك تنفيذاً عينياً للالتزام. أما إذا كان من شأن التنفيذ أن يؤدى إلى حصول الدائن على شئ آخر، فان التنفيذ يكون بمقابل، بطريق التعويض النقدى إذا كان محله نقوداً، أو بطريق التعويض العينى إذا كان محله شيئاً آخر غير النقود[2].

وتطبيقاً لذلك، فى الالتزام بالامتناع عن عمل، إذا قام المدين بالعمل الممنوع فطالب الدائن بازالة المخالفة التي وقعت كانت الازالة تنفيذاً عينياً[3]، للالتزام بالنسبة للمستقبل فهى ليست تعويضا عينياً إذ أن الدائن فى هده الحالة لن يحصل بالنسبة للمستقبل على مقابل لما التزم به المدين، بل على عين ما التزم به بمنع العمل الذى التزم المدين بالامتناع عنه[4].

- كما أن العبرة فى التنفذ العينى بما يحصل عليه الدائن لا بما يقوم المدين فعلاً بأدائه بنفسه، حيث أن ذلك ليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض. فمثلاً فى الالتزام باعطاء شئ معين بنوعه إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن بمقتضى المادة

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١١٠.
(٢) انظر: اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦ ص ١١١، ص ١١٣
(٣) قارن السنهوري، الوسيط، فقرة ٤٤٠، ص ٧٩٧، ٧٩٨
(٤) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٦، ص ١١١.

٢/٢٠٥ مدنى أن يطلب اذن القاضى فى الحصول على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين. وكذلك فى الالتزام بانجاز عمل معين لا تكون شخصية المدين ملحوظة فيه، إذا امتنع المدين عن التنفيذ جاز للدائن بمقتضى المادة ١/٢٠٩ مدنى أن يطلب ترخيصا من القضاء فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين. فى هاتين الحالتين لن يقوم المدين بتنفيذ عين التزامه بنفسه، بل سيقتصر الأمر بالنسبة إليه على دفع مبلغ من النقود. ولكن العبرة فى التنفيذ العينى هو بما يحصل عليه الدائن فذلك هو الغرض منه. أما ما يقوم به المدين فليس إلا وسيلة لتحقيق هذا الغرض[١].

٢ - عناصر التعويض :

قدمنا أن التعويض قد يكون مستحقاً مقابل التأخر فى التنفيذ، أو مقابل عدم التنفيذ. والتعويض فى الحالتين له غرض أساسى هو جبر الضرر الذى أصاب الدائن. ولهذا فان هذا التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب (م ٢٢١ مدنى).

وكما هو واضح فان للتعويض عنصرين: ما أصاب الدائن من خسارة، وما ضاع عليه من الكسب. ومثال ذلك أن المدين لا يقوم بتنفيذ التزامه بتسليم بضاعة تعهد بتسليمها للدائن، فى هذه الحالة يلتزم المدين بدفع تعويض يمثل ما لحق الدائن من خسارة قيمة البضاعة، وما فاته من كسب، الربح الذى كان يأمل الحصول عليه عند إعادة بيعها.

وعلى ذلك فانه لا يكون هناك محل للتعويض إذا لم يصب الدائن ضرر ولم يفته كسب من جراء عدم قيام المدين بالتزامه أو من جراء تأخره فى ذلك. وكثيرا ما يتحقق هذا الأمر فى حالة عدم التنفيذ. كما إذا لم يقم الوكيل بقيد الرهن لمصلحة موكله، ويتبين أن تخلف الوكيل عن القيد لم يلحق بالموكل ضررا ولم يفوت عليه نفعا، إذ ثبت أن هذا القيد لا يعود بأدنى فائدة على الموكل بسبب كثرة الرهون السابقة التى تثقل العقار وتستغرق ما يزيد عن قيمته.

وإذا كان من الثابت أن حق الدائن فى التعويض ينشأ من يوم وقوع الضرر (أو من يوم الاعذار) إلا أن العبرة فى تقويم الضرر بوقت صدور الحكم، لأنه قد يتغير حجم الضرر، بالزيادة أو النقصان، أو تتغير قيمته بتغير الأسعار. فى مثل هذه الحالات يتعين على القاضى أن يحدد مبلغ التعويض على أساس قيمة الضرر وقت النطق بالحكم، إذ بذلك فقط يتحقق الغرض الأساسى من التعويض وهو جبر الضرر. كما أن هذا المبدأ يبرره اعتبار عملى وهو محاربة ما قد يؤدى إليه انخفاض العملة من ميل لدى المسئول فى اطالة أمد النزاع عن طريق الطعن فى الحكم بكل طرق الطعن العادية وغير العادية[٢].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع الوسيط، فقرة ٤٦، ص ١١٢.
(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥٣ ص٧٥

ومما تجدر ملاحظته أنه فى بعض الأحوال يكون لقواعد المسئولية علاوة على وظيفتها فى جبر الضرر عن طريق التعويض، وظيفة أخرى، وقائية بما تتضمنه من معنى العقوبة الخاصة. وهذا يتجلى بصفة خاصة فى مسلك القضاء فى كل من فرنسا ومصر عند تقدير مبلغ التعويض والأخذ بالاعتبار جسامة الخطأ.

لكن الفقه الغالب فى كل من فرنسا ومصر يذهب إلى وجوب الفصل التام بين التعويض المدنى والعقوبة الجنائية وذلك بمراعاة مقدار الضرر فحسب، ودون نظر لجسامة الخطأ، عند تقدير مبلغ التعويض فيشمل التعويض كل الضرر مهما كان الخطأ يسيراً، ولا يتجاوز الضرر مهما كان الخطأ جسيماً[1].

بالرغم من هذا الموقف من جانب الفقه إلا أن القضاء لم يحد عن مسلكه السابق، بل ان هذا المسلك يجد له سنداً فى بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى والمصرى، علاوة على بعض نصوص التشريعات الحديثة في فرنسا. ففى التقنين المدنى الفرنسى والمصرى لم يغفل المشرع جسامة الخطأ اغفالاً تاماً، فاستثنى المدين الذى ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً من قاعدة قصر المسئولية التعاقدية على الضرر المتوقع. كما أن التقنين المدنى الحالى فى مصر قد أوجد سنداً تشريعياً لما استقر عليه القضاء، فالمادة ٢١٤ التى تنص صراحة، فى حالة الحكم بغرامة تهديدية، على وجوب مراعاة «العنت الذى بدا من المدين» عند تصفية الغرامة وتحديد مقدار التعويض النهائى وكذلك قانون ٥ يوليو ١٩٧٢ والخاص باعادة تنظيم الغرامة فى فرنسا قد نص على حالة الغرامة النهائية. وهذه الغرامة لا يتم تعديلها عند تصفيتها وانما يحكم بها كاملة للدائن مما يترتب عليها اغتناء هذا الأخير وبذلك يؤكد اعتناق المشرع لفكرة العقوبة الخاصة[2] علاوة على ذلك تنص المادة ١٧٠ على أن القاضى «يقدر مدى التعويض عن الضرر الذى لحق بالمضرور مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة». والأعمال التحضيرية قاطعة فى أن جسامة الخطأ من هذه الظروف[3]. ورغم ان المادة ١٧٠ قد وردت فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع، إلا أنه لاشك فى أنها عامة التطبيق، إذ لا مبرر لقصرها على المسئولية التقصيرية[4] فضلاً عن أن المذكرة الايضاحيه صريحة فى أن الأصل فى قواعد التقدير القضائى للتعويض أنها لا تختلف باختلاف صور المسئولية[5].

---

(١) انظر فى عرض تفصيلى لرأى الفقه: اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٥ وخاصة ما ورد بها من هوامش. وانظر أيضاً عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ٥٢ ص ٧٣، ٧٤.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aymès, Op. Cit., No. 641, p. 454

(٣) انظر الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٣٩٢ - ٣٩٤

(٤) أنظر: اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٧ ص ١١٦.

(٥) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٤٤.

٣ - مدى التعويض :

قدمنا أن الغرض الأساسى من التعويض هو جبر الضرر الذى أصاب الدائن. ولذلك كانت قيمة الضرر، كقاعدة عامة، هى العامل الأساسى فى تحديد مبلغ التعويض المستحق عنه، إلا أن هذا المبدأ يرد عليه قيدان: الأول خاص بكل الالتزامات سواء أكانت عقدية أم غير عقدية، والثانى خاص بالالتزامات العقدية:

أ - التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر :

لا يلزم المدين فى المسئولية المدنية بنوعيها إلا بالتعويض عن الضرر المباشر دون الاضرار غير المباشرة. هذا يفترض بطبيعة الحال أن هناك اضراراً تعاقبت على عدم التنفيذ أو التأخر فيه مما استلزم معه تحديد ما يسأل عنه المدين من هذه الأضرار. ولذلك كان المبدأ العام فى المسئولية المدنية بنوعيها، هو قصر التعويض على الأضرار المباشرة دون الأضرار غير المباشرة (م ٢٢١/ مدنى).

والضرر المباشر هو الضرر الذى يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١/١ مدنى).

وبناء على ذلك، فإن ترك الدائن الأضرار تتلاحق واحد فى إثر آخر، رغم أنه كان يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول، يعتبر هذا خطأ من جانبه يقع عليه نتائجه ولا يسأل عنها المدين. ويمكن تبرير هذا الحكم من ناحية أخرى بأن الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية لخطأ المدين التى تثبت كل الثبوت صلتها بعدم تنفيذ الالتزام، هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ. أما غيرها من الأضرار، وهى الأضرار غير المباشرة التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ أو التى لا تثبت كل الثبوت اتصالها، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها(١).

ب - لا تعويض فى المسئولية العقدية إلا عن الضرر المتوقع

بعد أن بينت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ مدنى مصرى القواعد العامة فى كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام أياً كان مصدره، ولذلك ببيان عناصر التعويض، وقصر التعويض فى المسئولية المدنية على الضرر المباشر وتحديد المقصود بهذا الضرر، نصت الفقرة الثانية على أن التعويض فى المسئولية العقدية يقتصر على التعويض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ص ٦٩

المتوقع[١]، وذلك على خلاف الأمر فى المسئولية التقصيرية، فيما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم حيث يشمل التعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع

ويرجع الفقه أساس هذه القاعدة إلى فكرة الارادة المفترضة للمتعاقدين فالمسئولية العقدية تقوم على العقد، وبالتالى يمكن تحديد نطاق المسئولية عن طريق تحديد نطاق العقد ذاته. وتحديد نطاق العقد يقوم على أساس ما يمكن توقعه عادة وقت اتفاق الطرفين. ولذلك فالضرر غير المتوقع لا يمكن أن يكون داخلاً فى هذا النطاق.

وهذا التفسير من شأنه أن يحدد نطاق هذه القاعدة ومضمونها: فمن حيث نطاق هذه القاعدة نجد أن نص المادة ٢/٢٢١ يلزم المدين الذى ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً بتعويض الأضرار التى تسبب فيها متوقعة كانت أو غير متوقعة. إذ لا أثر للاتفاق الصريح ذاته عن الاعفاء من المسئولية، والتخفيف منها فى هاتين الحالتين فما بال الارادة المفترضة فى ذلك. وبناء عليه إذا كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه (أى ارتكب غشاً) أو ارتكب خطأً جسيماً[٢] فانه يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

فمن حيث مضمون القاعدة يجب أن نحدد المقصود بالضرر المتوقع، ووقت هذا التوقع ومعياره:

(١) فمن حيث المقصود بالضرر المتوقع فانه لا يكفى أن يكون الضرر متوقعاً فى سببه أو وقوعه لكى يسأل المدين عن تعويضه كاملاً. بل يجب أن يكون متوقعاً فى مقداره، فلا يسأل المدين إلا عن القدر المتوقع منه[٣].

(٢) العبرة فى توقع الضرر بوقت التعاقد: فلو أن الضرر لم يكن متوقعاً وقت العقد، ولكنه صار ممكن التوقع بعد ذلك أى فى الفترة ما بين انعقاد العقد والاخلال بالالتزام، فلا يكون المدين مسئولاً عن تعويضه.

(٣) معيار توقع الضرر موضوعي مجرد . فالضرر المتوقع ، وفقا لنص المادة ٢/٢٢١ ، هو " الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة " فليس المقصود هو الضرر الذي توقعه المدين فعلا أو الذي كان يستطيع هنا المدين بالذات أن يتوقعه ، وانما الضرر الذي كان يمكن أن يتوقعه الشخص العادي لو وجد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين [٤] .

---

(١) وهذه القاعدة لا تسلم من النقد، أنظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٤ ص ٨٧.
(٢) الخطأ الجسيم هو الخطأ الذى لا يصدر من أقل الناس تبصراً.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٦٩، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧٠.
(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٥٣ ص ٧٧١، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٣٥ ص ٧٠، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٧١.

علاوة على ما تقدم فانه يلزم أن يكون الضرر محققاً، سواء أكان حالاً أم مستقبلاً على النحو السابق بيانه في الجزء الأول. كما أنه يمكن التعويض على تفويت الفرصة على اعتبار أن هذا التفويت في ذاته أمر محقق ويجب التعويض عنه. كما أن التعويض يشمل كلاً من الضرر المادي والضرر الادبي على النحو السابق بيانه في الجزء الأول.

ثالثاً: وسائل تنفيذ التعويض

في هذا الصدد يجب التفرقة بين التعويض النقدي والتعويض العيني. في الغالب يكون التعويض مبلغاً من النقود. وعلى ذلك فان وسائل تنفيذه كوسائل التنفيذ العيني، هي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري. والالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون تنفيذه العيني ممكناً دائماً، طوعاً أو جبراً. فإذا حكم على المدين بدفع تعويض للدائن، ولم يدفع المدين هذا التعويض اختياراً جاز للدائن اجباره على الدفع بطريق التنفيذ القهري، بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقصاء الدين نقداً من الثمن.

أما إذا كان التعويض عينياً فقد يتطلب تدخل المدين وقد لا يمتثل لأمر القضاء فيقتضي الحال الحكم عليه بغرامة تهديدية وقد ينتهي الامر بعد ذلك كله، إذا أصر المدين على ألا يؤدي التعويض العيني رغم الغرامة التهديدية، إلى الحكم عليه بتعويض نقدي.

المبحث الثاني

(الشرط الجزائي) التعويض الاتفاقي

بعد أن وضعت المادة ١/٢٢١ مدنى المبدأ وهو أنه «إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص القانون، فالقاضى هو الذى يقدره..» جاءت المادة ٢٢٣ مدنى لتنص على أنه «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ وعلى ضوء ذلك يجب أن نعرض أولاً للتعريف بالشرط الجزائى، وثانياً: لتكييفه القانونى، وثالثاً: لأثاره وسلطة القاضى ازاءه.

المطلب الاول

التعريف بالشرط الجزائى

وفى هذا الصدد نعرض لماهية الشرط الجزائى والغرض منه، ثم نقوم بعد ذلك بالتمييز بينه وبين ما يشتبه به من أنظمة.

أولاً: ماهية الشرط الجزائى والغرض منه

١- تعريف الشرط الجزائى:

إذا كان الاصل، أن القاضى هو الذى يقوم بتقدير التعويض على النحو السابق بيانه، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من اتفاق الطرفين مقدماً على مقدار التعويض المستحق للدائن فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه.

فالشرط الجزائى اتفاق يقدر فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر فى تنفيذه[١] وسمى بالشرط الجزائى لانه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الاصلى الذى يستحق التعويض على أساسه. لكن قد لا يدرج الشرط الجزائى فى صلب العقد الاصلى بل يتضمنه اتفاق لاحق (م ٢٢٣ مدنى). فى هذه الحالة ينبغى أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على واقعة اخلال المدين بالتزامه، أى سابقاً على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، لانه إذا كان لاحقاً لها فانه يعتبر صلحاً لا شرطاً جزائياً، وتسرى عليه القواعد التى تضمنتها المواد ٥٤٩ - ٥٥٧ مدنى فى الفصل الخاص بعقد الصلح[٢]. كما أنه

---

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 456 p. 476 et s V'notam, No. 462, p. 482 sur la Loi du 9 juillet 1975, Ph Malaurie, L. Aynès, Op. Cit.. No. 513 p. 956 et S, J. Carbonnier, Op. Cit., No. 78 p. 290 et s.

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٧٥، وتشير المذكرة الايضاحية أيضاً إلى التفرقة بين الشرط الجزائى والتجديد.

ليس هناك ما يمنع من الالتجاء إلى الشرط الجزائي في تقدير التعويض المستحق عن الإخلال بالتزام غير عقدي، فمثلاً إذا كان الاخلال بالعقد مكوناً لجريمة كجريمة خيانة الامانة، واتفق المتعاقدان سلفا على التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة فان هذا الاتفاق ينصرف إلى تعويض عن مسئولية تقصيرية، وكذلك الاتفاق على تعويض يستحقه الدائن في حالة فسخ العقد، أو الرجوع في وعد كالوعد بالزواج فان ذلك يعتبر تعويضاً عن الاخلال بالتزام غير عقدي[1].

وكما هو الواضح فان الشرط الجزائي قد يكون شرطاً جزائياً عن عدم التنفيذ وذلك إذا اتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، وقد يكون شرطاً جزائياً عن التأخير، وذلك إذا اتفق الطرفان على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا تأخر المدين فى التنفيذ. ومن أمثلة الاول، ما تحدده السكة الحديد وشركات النقل من مبلغ معين تدفعه المصلحة أو الشركة إذا ما فقد طرد أو تلف[2]، ومن أمثلة الثاني، ما ينص عليه في عقود المقاولات من التزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة زمنية معينة يتأخر فيها عن اتمام العمل الذى تعهد به. ومثل هذا في عقد التوريد. ومن هذا القبيل في الالتزام بدفع مبلغ من النقود، الاتفاق على فائدة يلزم بها المدين إذا تأخر في الوفاء، هذه الفوائد الاتفاقية تخضع لاحكام خاصة سنعالجها عند دراسة التعويض القانوني. ولا تقتصر أمثلة الشرط الجزائي على بعض العقود دون بعض، بل كثيراً ما نجده في العقود الجارية كالبيع والايجار[3].

وإذا كان الغالب أن يكون الشرط الجزائي مبلغاً من النقود إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون شيئاً أو عملاً أو امتناعاً أو تقصير ميعاد فى استعمال الحق أو تشديد فى شروط استعماله أو غير ذلك. مثل ذلك اشتراط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين فى دفع قسط منها، أو إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يسلم المستأجر الارض بعد انتهاء الايجار خالية من الزراعة واشترط فى العقد أن الزراعة التى تكون قائمة عند انتهاء الايجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الاخلال بهذا الاتفاق. وفى هذه الحالات لم يكن الشرط الجزائي مقدراً بمبلغ معين من النقود، وانما كان التعويض محدداً بغير النقود.

---

(١) انظر في ذلك وفي أمثلة أخرى السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٧٧ ص ٨٥١ هامش ٢، وانظر أيضاً: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩٣، ص ١٦٦.

(٢) يجب التمييز في هذا الصدد بين الشرط الجزائي كتقدير جزافي للتعويض ليس للقاضي سلطة حياله إلا في الاحوال والشروط المنصوص عليها كما سنرى، وبين الشرط الذى يضع حد أقصى للمسئولية وهو في الغالب في عقود النقل وينحصر أثره في عدم جواز الحكم بأزيد من المبلغ المحدد ولو زاد الضرر عنه، أما إذا قل الضرر تولى القاضي تقدير التعويض على أساس مقدار الضرر الفعلي. انظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٩١ ص ٨٠٧.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٨، ١١٨.

٢- الغرض من الشرط الجزائى:

الاصل فى الشرط الجزائى هو أن يكون تقديرا مقدما للتعويض يقوم به الطرفان بقصد تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة فى تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه. ومع ذلك، هذا الغرض الذى يسعى إليه المتعاقدان لن يكون أمراً مؤكداً حيث أنه سيكون دائماً لأحد الطرفين مصلحة فى المنازعة فى مقدار التعويض المتفق عليه.

وبالرغم من ذلك فانه قد يستعمله المتعاقدان فى أغراض أخرى. فقد يقصد به التعديل من أحكام المسئولية بالاعفاء أو التخفيف منها إذا كان المبلغ المتفق عليه يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله أو بالتشديد فيها إذا كان هذا المبلغ مبالغاً فيه. وفى هذه الحالة الأخيرة يكون غالباً للشرط الجزائى طابعاً تهديدياً.

وقد يكون الغرض من الشرط الجزائى تأكيد التزام المتعهد عن الغير، بتحديد مبلغ التعويض الذى يكون مسئولاً عنه إذا لم يقم بحمل الغير على التعهد. كما قد يوضع الشرط الجزائى فى الاشتراط لمصلحة الغير لتقدير التعويض المستحق للمشترط فى حالة اخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع، فيمثل الشرط الجزائى فى هذه الحالة المصلحة المادية للمشترط فى اشتراطه لمصلحة الغير[1].

ثانياً: التمييز بين الشرط الجزائى وغيره من الانظمة

وحيث أن الشرط الجزائى يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه. فانه قد يشتبه بأنظمة قانونية أخرى كالعربون أو التهديد المالى، لذلك يجب التمييز بينه وبين هذه الانظمة.

١- تمييز الشرط الجزائى عن العربون:

وجه الالتباس بين العربون والشرط الجزائى يتأتى فى حالة ما إذا كانت دلالة العربون هى جواز العدول عن العقد بعد ابرامه، حيث أنه قد يحمل العربون على أنه شرط جزائى لتقدير التعويض فى حالة العدول عن العقد. لكن هناك فروق أساسية بينهما ترجع إلى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.

فمن حيث الطبيعة القانونية نجد أن الشرط الجزائى تقدير اتفاقى للتعويض فى حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه. بينما نجد أن العربون مقابل لحق العدول عن العقد. هذا الاختلاف فى الطبيعة يكشف عن اختلاف كل منهما عن الاخر من ناحيتين:

١- من حيث مناط استحقاق كل منهما. فحيث أن العربون هو مقابل الحق فى العدول، فانه مناط استحقاقه هو مجرد العدول دون النظر فيما إذا ترتب على

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٤٧٧ هامش ١ ص ٨٥٢، ٨٥٣.

هذا العدول ضرر أم لا، وعلى ذلك إذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد مثله ولو لم يترتب على هذا العدول أى ضرر. بينما مناط استحقاق الشرط الجزائى هو وقوع ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فان لم يكن هناك ضرر فلا يستحق الدائن شيئاً.

٢- من حيث سلطة القاضى ازاء كل منهما. وهذا الوجه من أوجه الاختلاف مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالوجه السابق. فحيث أن مناط استحقاق العربون هو مجرد العدول دون النظر لما يترتب عليه ضرر من عدمه، لذلك ليس للقاضى أى سلطة حيال استحقاق العربون أو مقداره. بينما نجد أن مناط استحقاق الشرط الجزائى هو وقوع ضرر للدائن، ولذلك نجد أن للقاضى سلطة فى التحقق من توافر شروط استحقاق التعويض الاتفاقى من عدمه، ثم له رقابة على مدى تناسب الشرط الجزائى مع الضرر الذى أصاب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، على النحو الذى سوف نراه.

ويترتب على أن الشرط الجزائى تقدير اتفاقى للتعويض أنه لا يعتبر التزاماً تخييرياً ولا التزاما بدلياً، فلا يستطيع الدائن أن يختار بين الالتزام الاصلى والشرط الجزائى فيطلب تنفيذ أيهما بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الاصلى ما دام هذا ممكنا، كما أن المدين لا يملك أيضا هذا الخيار. ومن ناحية أخرى لا يملك المدين أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الاصلى إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائى كبديل عن الالتزام الاصلى. على العكس من ذلك يمكن تكييف العربون بأنه البدل فى التزام بدلى. ففى العقد المشترط فيه عربون يقع على عاتق كل من المتعاقدين التزام أصلى محله شئ واحد، لكن يكون لأى منهما ان شاء أن يعدل عن هذا المحل الاصلى إلى محل بدلى وهو دفع مبلغ العربون فى غير مقابل.

وينبغى الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كانا قد أرادا بالعربون قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض اتفاقى يجوز انتقاصه، لا سيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً[١].

٢- تمييز الشرط الجزائى عن التهديد المالى:

ان المنطقة التى قد يتشابه فيها الشرط الجزائى بالتهديد المالى، هى عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مبلغ كبير يزيد كثيراً على الضرر الذى يتوقعانه، ويتم تحديد هذا المبلغ بشكل تصاعدى بحيث يدفع عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تنفيذ التزامه. فى هذه الحالة يكون للشرط الجزائى طابع تهديدى أكثر من كونه تعويضا عن الضرر. ومما يزيد هذا التشابه أنه فى هذه الحالة يخفض القاضى هذا المبلغ المقدر وذلك عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٦٤.

فى هذه الحالة، لم يبق من مميز بين الشرط الجزائى والغرامة التهديدية إلا المصدر ووقت التقدير. فالغرامة التهديدية مصدرها حكم القاضى ويتم تقديرها يكون عند امتناع المدين عن القيام بتنفيذ التزامه بنفسه واستمراره على عدم التنفيذ. بينما الشرط الجزائى مصدره الاتفاق المسبق بين الطرفين ويكون هذا الاتفاق قبل وقوع المخالفة، أى قبل عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

فى غير ذلك من الحالات فان طبيعة الغرامة التهديدية وخصائصها كفيلة بتمييزها عن الشرط الجزائى فعلاوة على أن الغرامة التهديدية يحكم بها القاضى أما الشرط الجزائى فيتفق عليه الطرفان. فان الغرامة التهديدية تحكمية لا تقاس بمقياس الضرر. فلا مقياس لها إلا المقدار الذى يرى القاضى أنه منتج فى تحقيق الغاية منها وهى حمل المدين على التنفيذ العينى. فلا يشترط فيها أن تكون مقاربة للضرر، بل لا يشترط وجود الضرر أصلاً. ويجوز للقاضى أن يزيد فيها كلما رأى داعياً للزيادة. أما الشرط الجزائى فالاصل فيه بمقياس الضرر. كذلك نجد أن الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العينى، أما الشرط الجزائى فهو تنفيذ بمقابل. كما أن الغرامة التهديدية حكم وقتى تهديدى، فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حوله إلى تعويض نهائى، وغالباً ما تخفض الغرامة التهديدية فى هذه الحالة. أما الشرط الجزائى فهو اتفاق نهائى قابل للتنفيذ على حاله. وإذا جاز تخفيضه للمبالغة فى التقدير، فالاصل فيه عدم التخفيض. هذه الطبيعة لكل منهما انعكست على كيفية تقديرهما فنجد أن الغرامة التهديدية تقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه. أما الشرط الجزائى فيقدر غالباً بمبلغ جزافى وخاصة إذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ. أما إذا كان تعويضاً عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه فانه يقدر على النحو الذى تقدر به الغرامة التهديدية كما سبق أن رأينا.

المطلب الثانى

التكييف القانونى للشرط الجزائى

فى هذا الصدد نتعرض للتكييف القانونى للشرط الجزائى، ثم بعد ذلك نبحث النتائج القانونية التى تترتب على هذا التكييف.

أولاً – الشرط الجزائى: تقدير اتفاقى للتعويض

وقد أفصحت المذكرة الايضاحية عن هذا التكييف بقولها أنه «ليس الشرط الجزائي فى جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض، بل للوجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد فى بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى. فلابد لاستحقاق الجزاء

المشروط اذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهى الخطأ والضرر والاعذار»[١].

وكما هو واضح فان الشرط الجزائى ليس هو السبب فى استحقاق التعويض، وانما نشأ التعويض من مصدر آخر، يكون فى الغالب عقداً، ويكون سبب استحقاق التعويض هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره فى هذا التنفيذ. والشرط الجزائى ليس إلا تقديراً مسبقاً من جانب المتعاقدين لمبلغ التعويض المستحق فى الحالتين، عدم التنفيذ أو التأخر فيه.

وهذا التكييف يترتب عليه عدة نتائج هامة، هذه النتائج تكشف عن طبيعة الشرط الجزائى والغاية منه ومتى يصبح مستحقاً. وهذا هو موضوع الفقرة التالية:

ثانياً: النتائج المترتبة على هذا التكييف

هذه النتائج تترتب على تكييف الشرط الجزائى بأنه تقدير اتفاقى للتعويض وذلك بحسب تصوير المشرع فى النصوص المنظمة له. وهذه النتائج تبرر طبيعة الشرط الجزائى ودوره وشروط استحقاقه على النحو التالى:

١- الالتزام بالاداء المحدد فى الشرط الجزائى التزام تابع للالتزام الاصلى:

فالشرط الجزائى لا يوجد مستقلاً بنفسه بل يوجد دائماً تابعاً لالتزام أصلى، أياً كان مصدر هذا الالتزام، وأياً كان محله[٢]. فالشرط الجزائى لا ينشئ التزاماً جديداً مستقلاً عن الالتزام الاصلى، وانما هو اتفاق على جزاء الاخلال بهذا الالتزام[٣].

ويترتب على صفة التبعية هذه عدة نتائج:

أ – ان الالتزام بالشرط الجزائى يتبع الالتزام الاصلى فى صحته ووجوده وانقضائه. وعلى ذلك فإذا بطل الالتزام الاصلى بطل الشرط الجزائى، ولكن العكس غير صحيح فبطلان الشرط الجزائى لا يستتبع بطلان الالتزام الاصلى (انظر المادة ١٢٢٧ مدنى فرنسى) كما أنه إذا انقضى الالتزام الاصلى بأى سبب من أسباب الانقضاء ينقضى الشرط الجزائى معه بالتبعية. فإذا تم الوفاء بالالتزام الاصلى، أو إذا انقضى الالتزام الاصلى لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة، انقضى معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائى.

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٧٣.
(٢) قارن أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩٧ ص ١٦٩، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٦٣، ص ٨٥٠.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٩ ص ١٦٩.

ب - انحلال العقد المتضمن شرطا جزائيا بالفسخ يؤدى إلى زوال الالتزام الاصلى ويزول معه بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي. حتى ولو لم يكن الشرط الجزائي قد ادرج في العقد الاصلى بل تضمنه اتفاق لاحق. والصورة العملية لهذه الحالة، أن المدين يخل بالتزامه ولم يطالب الدائن بالتنفيذ بمقابل، أي بقيمة الشرط الجزائي، وانما فضل المطالبة بالفسخ[1] ولذلك إذا طالب الدائن بالتعويض في هذه الحالة، وجب الرجوع إلى تقدير القاضي لا إلى الشرط الجزائي، ما لم يكن الشرط الجزائي قد حدد مبلغ التعويض المستحق لحالة الفسخ بالذات، في هذه الحالة يتعين الحكم به.

جـ - ان جميع الاوصاف التى تلحق الالتزام الاصلى تلحق بالتبعية الالتزام بالشرط الجزائي، ويصير هذا الالتزام موصوفاً بوصف الالتزام الاصلى، بأن يصبح مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط شأنه في ذلك شأن الالتزام الاصلى.

٢- الالتزام بالشرط الجزائي يعد طريقاً احتياطياً:

وهذا راجع إلى أن الشرط الجزائي ليس إلا تقديراً اتفاقياً للتعويض المستحق في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، بالتالي تنطبق عليه القاعدة العامة في التنفيذ بمقابل من حيث كونه طريقاً احتياطياً. ويبقى التنفيذ العينى هو الاصل. وبناء على ذلك، إذا عرض المدين التنفيذ العينى فلا يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض المقدر، بالشرط الجزائي، عن عدم التنفيذ. كما أن الدائن لا يكون ملزماً بقبول التعويض إلا في الاحوال التي يتخلف فيها شرط من شروط التنفيذ العينى للالتزام الاصلى.

ومما تجدر الاشارة إليه أيضاً أن الاتفاق على شرط جزائي عن عدم التنفيذ لا يحول دون التجاء الدائن إلى الوسائل القانونية المقررة لادراك التنفيذ العينى مباشرة، كالتنفيذ على نفقة المدين، أو إلى الوسائل غير المباشرة للتنفيذ العينى كالغرامة التهديدية، وذلك إذا توافرت الشروط اللازمة في مثل هذه الحالات[2].

كما أنه لا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح التزام المدين تخييريا أو بدليا. فهو ليس التزاماً تخييرياً، لان الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الاصلى والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الاصلى ما دام هذا ممكناً. ولان المدين هو أيضاً لا يملك هذا الخيار. بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الاصلى ما أمكنه ذلك. وهو ليس التزاماً

(١) A Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 459, p. 475

(٢) A Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 459, p. 479
وانظر في نفس المعنى. اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٤٩٠. ص ١٢٠، ١٢١

بدليا. لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي [illegible]
تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي [1].

إذا كان الشرط الجزائي تقديراً اتفاقياً للتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، فإنه ينبغي لاستحقاقه توافر شروط استحقاق التعويض. وقد أشارت إلى ذلك المادة ٢٢٣، فأحالت إلى المواد ٢١٥-٢٢٠ وهي النصوص التي تحدد هذه الشروط. ويترتب على ذلك أن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي وجود خطأ من المدين، وضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، علاوة على إعذار المدين في حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مقرراً لمواجهة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وما لم يكن هناك حالة من حالات إعفاء الدائن من هذا الإعذار.

وعلى ذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإنه لا يجوز مطالبته بالشرط الجزائي [2]. كما أن انتفاء الضرر أو انتفاء السببية بين الخطأ والضرر، يستتبع سقوط الشرط الجزائي. فالاتفاق على شرط جزائي ليس من شأنه أن يعدل من شروط استحقاق التعويض.

وبالرغم من ذلك فإن الاتفاق على شرط جزائي لا يخلو من فائدة في مجال الإثبات بالنسبة لركني الضرر والسببية ــ فمن المعلوم من القاعدة العامة في مجال الإثبات أنه على الدائن عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه. لكن إذا اتفق مقدماً على تقدير التعويض فيكفي ان يتبين خطأ المدين فيفترض ان الدائن قد أصابه ضرر بسببه، وينتقل عبء الإثبات إلى المدين إذ يتعين عليه للتخلص من الشرط الجزائي أن يثبت أن الدائن لم يلحقه ضرر او يثبت انتفاء رابطة السببية بينه وبين الخطأ. وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢٢٤ " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" [3].

وفي فرنسا قد عدلت المادة ١١٥٢ مدني فرنسي وذلك بإضافة فقرة جديدة لها بمقتضى قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ تسمح للقاضي ولو من تلقاء نفسه (وذلك بعد تعديلها بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥) بتخفيض أو زيادة الجزاء المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً وكل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن " [4].

---

(١) أنظر السنهوري، الوسيط، جـ ٢ ، فقرة ٤٨٢ ص ٨٦١.

(٢) إلا إذا اتفق على ان يكون الشرط الجزائي مستحقاً ولو استحال التنفيذ لقوة قاهرة. إذ يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م٢١٧ مدني مصري).

(٣) نقض ١٩٨٦/٣/١٦ س ٣٧ ص ٣٣٤.

(٤) A. Weill F. Terre, OP. Cit. No 459, p. 497.

ومع ذلك ما زال الفقه يذهب إلى أن الدائن غير ملزم باثبات أن عدم التنفيذ قد سبب له ضرراً، بحيث أن هذا الضرر قد تم افتراضه وتقديره سلفاً فى العقد[1]، بل أن الدائن يستحق التعويض الاتفاقى لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه ولو لم يلحقه أى ضرر[2].

المطلب الثالث

آثار الشرط الجزائى

لا يستحق التعويض الاتفاقى إلا إذا توافرت شروط استحقاق التعويض السابق بيانها. وعلى ذلك إذا ثبت، طبقاً للقواعد العامة، أن هناك عدم تنفيذ الالتزام أو تأخر فيه من جانب المدين فانه يفترض أنه قد أصاب الدائن ضرراً من جراء ذلك واستحق مبلغ التعويض المتفق عليه، ما لم يثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر. ومن أجل ذلك لا يجتمع الشرط الجزائى عن عدم التنفيذ مع التنفيذ العينى. ولكن يمكن أن يجتمع مع التنفيذ العينى الشرط الجزائى عن التأخير في التنفيذ.

وعلى ذلك يجب أن نعرض لآثار الشرط الجزائى بين الاتفاق والتعويض ثم لسلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى، وأخيراً لتعلق هذه الاحكام بالنظام العام.

أولاً: آثار الشرط الجزائى بين الاتفاق والتعويض

الشرط الجزائى باعتباره اتفاقاً على تقدير التعويض يعبر عن فكرتين متعارضتين، الاتفاق والتعويض. فحيث أن الشرط الجزائى اتفاق، فأنه ينبغى احترام ما انصرفت إليه ارادة المتعاقدين، فالعقد شريعة المتعاقدين وحيث أن الشرط الجزائى ليس إلا تعويضاً قدره المتعاقدان مقدماً عن الضرر الذى توقعا حدوثه إن لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر فى التنفيذ، فانه ينبغى أن يكون التعويض الاتفاقى بقدر الضرر الذى يصيب الدائن فعلاً.

ولذلك فان تنظيم الشرط الجزائى كان انعكاساً لهاتين الفكرتين وان كان المشرع لم يأخذ بأى منهما على اطلاقها، وانما حاول التوفيق بينها على النحو الآتى:

١- فمن ناحية «لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر» (م ١/٢٢٤ مدنى). وهذه القاعدة تعبر تعبيراً واضحاً عن فكرة التعويض التى تكمن وراء الشرط الجزائى. ومع ذلك فان هذه الفكرة لم تستبعد كلية الطبيعة الاتفاقية للشرط الجزائى. فقد أعفى الدائن من

---

(١) A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 462, p. 483.

(٢) Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 514 p. 365.

عبء اثبات الضرر احتراماً لارادة المتعاقدين بافتراض أن الضرر الذى توقعا حدوثه قد حدث فعلاً. لكن احترام هذه الارادة يجب ألا يؤدى إلى انكار الواقع. ولذلك كان افتراض وقوع الضرر افتراضاً قابلاً لاثبات العكس. فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر لم يكن هناك محل لمطالبته بالجزاء المشروط[1] كما سبق أن بينا.

٢- ومن ناحية أخرى، الاصل أن يحكم القاضى بالتعويض الاتفاقى دون تعديل إذا ثبت أن الدائن قد لحقه ضرر بالفعل وبصرف النظر عن قيمة الضرر الواقع - وهذه القاعدة تعكس الطابع الاتفاقى للشرط الجزائى - ذلك أن المتعاقدين، باتفاقهما مقدماً على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن عن عدم التنفيذ أو التأخر فى التنفيذ، قد أرادا ان يتجنبا ما يثيره تقدير الضرر الواقع من صعوبات وأن يحسما مقدماً ما قد يثور من منازعات فى هذا الصدد[2].

ومع ذلك فانه استثناء من هذا الأصل العام، مراعاة لاعتبارات معينة، نص المشرع على أنه يجوز للقاضى، فى حالات معينة، أن يخفض هذا التعويض أو يزيد من مقداره. على النحو الذى سوف نراه فى الفقرة التالية:

ثانياً: سلطة القاضى ازاء الشرط الجزائى

ان سلطة القاضى فى تعديل الشرط الجزائى تعتبر استثناء من المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد، كما ان المشرع قد حدد الحالات التى يسمح فيها القاضى بهذا التعديل. وكذلك يجب أن نعرض لسلطة القاضى والقوة الملزمة للعقد، ثم بعد ذلك ندرس حالات تعديل القاضى للشرط الجزائى.

١- سلطة القاضى والقوة الملزمة للعقد:

الاصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للاسباب التى يقررها القانون. هذه القاعدة كانت وما زالت فى فرنسا تتسم بنوع من التقديس بحيث لا يسمح للقاضى أن يعدل اتفاق الاطراف إلا فى أضيق الحدود وبنصوص تشريعية. ولذلك نجد فى فرنسا، إلى وقتنا هذا لم يأخذ المشرع الفرنسى بنظرية الظروف الطارئة ولا بتعديل الشروط التعسفية فى عقود الاذعان أو اعفاء الطرف المذعن منها إلا فى حالات استثنائية وبنصوص خاصة،

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ١٢٣.

(٢) انظر المادة ١/١١٥٢ فرنسى وتفسير الفقه والقضاء الفرنسى لها. وانظر:
A. Weill, F. Terré, Op. Cit., No. 426, p. 483.
وانظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٢٣.

وقد كان إلى عهد قريب، عام ١٩٧٥، لا يجوز للقضاء الفرنسي تعديل الشرط الجزائي. وكان الفقه يتكلم عن قدسية الشرط الجزائي أو عدم قابليته للمساس L'intangibilité فكما أن القاضي لا يملك تعديل العقد (م ١/١١٣٤ مدنى فرنسى) فانه بالمثل لا يملك ذلك بالنسبة للشرط الجزائى (م ١١٥٢ فرنسى قبل التعديل). بل ان المادة ١٢٣١ مدنى فرنسى والتى تجيز للقاضى انقاص الشرط الجزائى فى حالة التنفيذ الجزئى قد اعتبرها القضاء أنها غير متعلقة بالنظام العام.

وقد نتج عن ذلك انتشار الشروط الجزائية الجائرة فى الحياة العملية، بصفة خاصة فى عقود الايجار الائتمانى Crédit bail وعقود البيع بالاجل La Vent à Crédit، حيث كان ينص فى العقد الأول على شرط جزائى مبالغا فية بدرجة كبيرة، وذلك باستحقاق مبلغ يساوى الأجرة المستحقة عن المدة المتبقية فى العقد كشرط جزائى عن عدم التنفيذ وفسخ العقد ورد الشئ. أما بالنسبة للعقد الثانى فقد كان ينص على أن يحتفظ البائع بالاقساط التى دفعها المشترى كشرط جزائى وذلك فى حالة عدم دفع أحد الاقساط المتفق عليه وفسخ العقد بقوة القانون ورد المشترى للشئ المبيع. وكما هو واضح فان الشرط الجزائى يكون جائراً بالنسبة للمدين فى عقد الايجار الائتمانى إذا كانت المخالفة قد وقعت فى بداية العقد، وبالعكس فى عقد البيع بالاجل، إذا كان اخلال المدين قد حدث قرب نهاية العقد. كما يمكن أن نجد شروطاً جزائية جائرة فى عقود أخرى كثيرة[١].

ولذلك فقد كان هناك محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء الفرنسى لمحاربة هذا العسف الشديد، ولكن لم يكتب لها النجاح. كما لاحظ الفقه أن فرنسا كانت الدولة الوحيدة تقريباً فى أوروبا التى لم تأخذ بنظام مراجعة الشرط الجزائى[٢].

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك
Ph. Malaurie, La révision Judiciaire de la clause Pénale (Loi No. 15. 597 du 9 Juillet 1975 Defrénois, 15 Avril 1976, 31075. p. 533 et S.

(٢) ففى إنجلترا نجد انه لا يجوز أن يتجاوز الشرط الجزائى الضرر الذي أصاب الدائن، ويقع باطلاً الشرط الجزائى الذى يزيد عن الضرر الثابت، بينما يقع صحيحاً الشرط الذي يحدد مبلغ أقل من هذا الضرر. التقنين المدنى الالمانى (343 B.C.B) وليس التقنين التجارى (348, E.G.B) ينص على أنه عندما يكون الشرط الجزائى المستحق مبالغا فيه بدرجة ظالمة فانه يمكن، بناء على طلب المدين تخفيضه قضائيا إلى مبلغ معقول - وينبغى أن يؤخذ فى الاعتبار كل المصالح المشروعة للدائن وليس المصالح المادية فقط. وإذا ما تم دفع الجزاء فانه يكون من غير الممكن تخفيضه. التقنين المدنى السويسرى ينص على أنه «يجب على القاضى تخفيض الشرط الجزائى الذى يكون مبالغا فيه» وقد تم تعزيز هذا النص بقاعدة تحظر فى حالة فسخ البيع بالاجل احتفاظ البائع بملكية ما استلمه من أقساط «كما أن التقنين المدنى الايطالى ينص فى المادة ١٣٨٤ على أنه «عندما يتم تنفيذ الالتزام الاصلى جزئيا أو عندما يكون الشرط الجزائى مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. فانه يجوز للقاضى، مراعيا للعدالة. أن يخفض هذا الشرط مع الاخذ فى الاعتبار ما يكون قد عاد على الدائن من فائدة.

ولذلك قد تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ ليضع حداً لهذا العرف وذلك بإضافته فقرة جديدة إلى المادة ١١٥٢ لتصبح على النحو التالي:

١ - «إذا تضمن الاتفاق أن من لم يقم بتنفيذه يدفع مبلغاً معيناً على سبيل التعويض، فلا يجوز أن يعطى الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل». «٢ - ومع ذلك، يجوز للقاضي ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ اكتوبر ١٩٨٥)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، اذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً». «٣- كل اتفاق يخالف ذلك يعتبر كأن لم يكن».

كما أن المادة الثانية من هذا القانون قد عدلت نص المادة ١٢٣١ مدني فرنسي تعديلاً جوهرياً، وأصبحت الآن تجري على النحو التالي:

١- عندما يتم تنفيذ الالتزام في جزء منه، يجوز للقاضي أن ينقص الجزاء المتفق عليه بالتناسب مع ما عاد من فائدة على الدائن من التنفيذ الجزئي وذلك دون مساس بتطبيق نص المادة ١١٥٢.
٢- كل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن.

وبذلك قد غلب المشرع اعتبارات العدالة على مبدأ القوة الملزمة للعقد وأعطى للقاضي دوراً ايجابياً في تعديل الشرط الجزائي.

وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية أن ترسي بعض المبادئ بصدد تطبيق هذا التعديل الجديد. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجوز للقاضي إلا تعديل الجزاء دون أن يملك الغاءه[1] أو انقاصه عن الضرر الذي أثبته الدائن[2]. كما أنها ذهبت إلى أنه يجب على القاضي أن يسبب قراره بتعديل الشرط الجزائي[3] على عكس ذلك ذهبت المحكمة، خلال فترة معينة إلى ان القاضي غير ملزم بتبرير قراره في حالة رفضه التعديل. وقد أسست المحكمة قضاءها في ذلك على أن عدم المساس بالشرط الجزائي هو الاصل (م ١/١١٥٢) وأن التعديل القاضي لهذا الشرط هو الاستثناء (م ٢/١١٥٢)[4]. وقد تطور قضاء المحكمة في اتجاه التخفيف من ذلك إذ لم تعد تتطلب من القاضي إلا أن يعطي تبريراً مختصراً لقراره برفض تعديل الشرط الجزائي[5]. علاوة على ذلك كانت المحكمة تحظر على المحاكم الدنيا تعديل الشرط الجزائي من تلقاء نفسها، إلى أن تدخل المشرع بقانون ١١ أكتوبر ١٩٨٥ ليخالف في ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ويجيز للمحاكم أن تتصدى لمراجعة الشرط من تلقاء نفسها.

(١) Com. 9 juin 1980 B. IV, No. 245; 3 fév. 1982, B. IV. No. 44.
(٢) Com. 3. fév. 1982, précite.
(٣) Com. 25 Mai 1981. B. IV, No. 246; civ. 1, 23 fév. B. I. No 85,
(٤) Civ. 3, 26 août 1978. B III, No. 160, D. 78, 349, 17 Juill. 1978, B.III, No. 292.
(٥) Civ. 9 fév. 1983, Epx. Ancelin B. I. No. 55.

وفي فرنسا تساءل الفقه عما إذا كان يمكن أن تمتد سلطة القاضي في التعديل إلى الشروط الأخرى التي هي من نفس النوع، مثل الشروط المحددة للمسئولية، وشروط العدول، وشروط الفسخ(١) كما يرى الفقه أن سلطة القاضي فـــي تعديـــل الشرط الجزائي ينبغي ألا يؤدي إلى نزع الطابع التهديدي لهذا الشرط. فطالمـــا ان الأمر يتعلق بتقدير اتفاقي للتعويض فإن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائـــي ليس لها إلا طابع محدود لأنها تمثل اعتداء على جوهـــر العقـــد علـــي قوتـــه الملزمة(٢).

وفي فرنسا إلى جانب هذا النظام العام الشرط الجزائـــي توجـــد تنظيمـــات خاصة. ففـــي عقـــد العمـــل الشـــرط الجزائـــي ممنـــوع فـــي نواحـــي معينـــة (C.trav.art.L.122-29) وفي عقود البيع المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر الذى أثبته المســـتهلك (D.24 Mars 1978 art2) وهذا نظام الحد الأدني (Le Systeme de plancher) وإلى جانب ذلك هنـــاك نظام الحد الأقصى Le Systeme de plafond ففي عقود الائتمان المنقول والعقـــاري ينبغي ألا يزيد الشرط الجزائي عن نسبة معينة (L.10 Janvier 1978 art21, L.13. Juillet 1979, art. 12,13 ,14 et27)(٣) .

٢ - حالات تعديل القاضي للشرط الجزائي:

هناك ثلاث حالات يجوز ان يتدخل القاضي فيها ليعدل الشـــرط الجزائـــي. **حالتان يجوز للقاضي ان يخفض الشرط الجزائي، وحالة واحدة يجوز له فيـــها ان يزيد الشرط الجزائي**. لكن ما هى الشروط او الظروف الواجـــب توافرهـــا حتـــى يستطيع القاضي ان يمارس هذه السلطة؟ هذا ما سنراه في الفقرات التالية:

أ - حالات تخفيض الشرط الجزائي:

هناك حالتان لتخفيض الشرط الجزائي، وهما كالآتي:

(١) الحالة الأولى: إذا كان تقدير الشرط الجزائي مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة:

المبدأ ان الشرط الجزائي فى حالة عدم التنفيذ يحتفظ بقوته الملزمة. ولذلك لا يكفي ان يثبت المدين ان الشرط الجزائي يجاوز مقدار الضرر الذى لحق بـــالدائن، حتى يستطيع القاضي ان يخفض هذا الشرط، وإلا نكون قد نزعنا كل فائدة للشـــرط الجزائي. فينبغي ان يمارس القاضي هذه السلطة بحذر وبطريقة استثنائية، حالة مـــا إذا كان الشرط الجزائي. مجحفاً بالمدين (م٢٢٤ مدني مصري و ٢/١١٥٢ مدنـــي فرنسي).

---

(١) Ph. Malauie, L. Aynes, OP. Cit. No. 515 p. 359.

(٢) Ph. Malauie, L. Aynes, OP. Cit. No. 515 p. 359.

(٣) أنظر في ذلك:

Ph. Malauie, L. Aynes, OP. Cit. No. 516 p. 359.

وعبء الاثبات يقع على المدين. حيث يتعين عليه أن يثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة. فإذا ما أثبت المدين ذلك يقوم القاضى بخفض التعويض إلى الحد المعقول، أى إلى الحد الذى يتناسب مع الضرر، لا إلى الحد المساوى للضرر، آخذاً فى الاعتبار ارادة المتعاقدين ومصالح الدائن وحسن نية المدين.

وللقاضى فى هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة فى التعويض المشروط أو فيما يراه حداً مناسباً لتخفيضه. ولا رقابة عليه فى ذلك من جانب محكمة النقض.

(٢) الحالة الثانية: تنفيذ الالتزام فى جزء منه (م ٢/٢٢٤ مدنى مصرى، م ١/١٢٣١ مدنى فرنسى):

فى هذه الحالة يفرض القانون تخفيض التعويض المتفق عليه بالتناسب مع التنفيذ الذى تم وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ. والعلة فى جواز التخفيض أن الشرط الجزائى انما وضع لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصلاً أو لحالة تأخره فى الوفاء بالالتزام كله، فإذا خفض القاضى الشرط الجزائى بنسبة ما نفذ المدين من التزامه فانه يكون قد احترم ارادة المتعاقدين. ويقع عبء اثبات التنفيذ الجزئى على المدين.

لكن يجب أن نلاحظ أنه لا يكفى أن يكون هناك تنفيذ جزئى من جانب المدين حتى يتم تخفيض الشرط الجزائى وانما يلزم علاوة على ذلك أن يكون هناك اشباع جزئى للدائن. فإذا كان الجزء الذى تم تنفيذه تافهاً أو لم يكن فى التنفيذ الجزئى فائدة للدائن، فلا يحكم القاضى بالتخفيض.

وعلى ذلك فإذا كان التنفيذ لا يقبل التجزئة بحيث يستطيع الدائن أن يستفيد منه إلا إذا تم بالكامل، كما هو الحال بالنسبة للالتزام غير القابل للتجزئة، سواء كان مصدر عدم القابلية طبيعة محل الالتزام أو نص القانون أو الاتفاق، فانه فى هذه الحالة لا يخفض الشرط الجزائى بشرط ألا يكون عدم التجزئة مصطنعاً.

مدى امكانية الجمع والتوفيق بين الحالتين السابقتين:

الفرض العملى لذلك هو أن يكون الشرط الجزائى مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ويتم فى نفس الوقت تنفيذ الالتزام الاصلى تنفيذاً جزئياً. وهذا الأمر شائع فى عقود الايجار الائتمانى وعقود البيع بالآجال[1].

---

(١) انظر فى ذلك:
J. L. Aubert, Rép. Defrénois, 1975, chron. Juris Art. 30995, No. 38 Spéc. pp. 1277, 1278.

فى هذه الحالة ينبغى ان يعمل القاضى أولاً على رد الشرط الجزائى إلى الحد المعقول مما يجعله يتناسب مع الضرر الذى حاق بالدائن، ثم يقوم بعد ذلك بتخفيض التعويض بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، وفى حدود ما عاد على الدائن من فائدة. فمثلاً لو كان الشرط الجزائى ١٥٠٠٠ جنيه فى حالة عدم التنفيذ الكلى للالتزام، بينما كان الضرر الفعلى الذى سينشأ عن عدم التنفيذ للالتزام الاصلى لا يتجاوز مبلغ ٧٥٠٠ جنيه، وقام المدين بتنفيذ جزئى لالتزامه بما يعادل ٥٠٠٠ جنيه. فى هذه الحالة يقوم القاضى برد الالتزام إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوى للضرر وليكن ذلك ١٠٠٠٠ جنيه. ثم بعد ذلك يأخذ فى اعتباره ما تم تنفيذه من الالتزام الاصلى وما عاد على الدائن من فائدة من هذا التنفيذ. وهو ما يساوى ٥٠٠٠ جنيه، ثم يقوم بنسبته إلى ما كان سيحصل عليه لو نفذ الالتزام كاملاً ٧٥٠٠ جنيه، فيكون ما تم تنفيذه يعادل ٢ : ٣ الضرر الاجمالى. فى النهاية ليحدد القاضى مقدار التعويض المستحق بعد التخفيض للمبالغة وللتنفيذ الجزئى فانه سوف يعادل ثلث مبلغ التعويض المستحق والمتناسب مع الضرر أى ثلث مبلغ العشرة آلاف جنيه.

تعلق هذه الاحكام بالنظام العام:

هذه الاحكام السابق بيانها تتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه يقع باطلاً كل اتفاق يخالف هذه الأحكام. وهذا ما نصت عليه المادة ٣/٢٢٤ مدنى مصرى وكذلك المادة ٣/١١٥٢ مدنى فرنسى وكذلك المادة ٢/١٢٣١ مدنى فرنسى وذلك بعد تعديل ١٩٧٥.

ب - حالة زيادة الشرط الجزائى:

وهذه الحالة تعالج الفرض الذى يجاوز فيه الضرر قيمة التعويض الاتفاقى والسؤال الذى يطرح نفسه هل يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة؟؟ وإذا كان ذلك جائزاً فما هى الشروط اللازم توافرها لذلك؟؟

وقد أجابت على هذه التساؤلات المادة ٢٢٥ مدنى مصرى وذلك بنصها على أنه «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً».

فى فرنسا قبل التعديل الاخير فى عام ١٩٧٥ كان القضاء الفرنسى يعتبر أن الشرط الجزائى التزهيد أو الذى يقل بدرجة كبيرة عن الضرر الذى لحق بالدائن من قبيل الاعفاء من المسئولية. وبالتالى قد قرر القضاء عدم تطبيق هذا الشرط فى حالة غش المدين ويأخذ حكم الغش الخطأ الجسيم من جانب المدين[1]. وقد أضافت المادة الأولى من

---

(١) انظر فى ذلك:
Civ. 1re, 4 Février, 1969, D. 1969, 601, note J. Mazeaud, 21 Octobre 1975. Inf. rap 6.

قانون ٩ يوليو ١٩٧٥ فقرة ثانية إلى نص المادة ١١٥٢ مدنى فرنسى والتى تنص على أنه «مع ذلك يجوز للقاضى، ولو من تلقاء نفسه (بعد تعديل قانون ١١ اكتوبر ١٩٨٥)، أن ينقص أو يزيد من الجزاء المتفق عليه، إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو زهيداً».

وعلى ذلك فان القضاء فى فرنسا يستطيع أن يحكم بتعويض أكبر من الشرط الجزائى الزهيد بالنسبة للضرر الذى أصاب الدائن ولم يعد متطلباً الآن اثبات الدائن لغش المدين أو لخطأه الجسيم[١].

أما فى مصر فانه طبقاً لنص المادة ٢٢٥ مدنى الأمر يجرى على خلاف ذلك. فإذا كان التعويض الاتفاقى أقل من الضرر الواقع، فالاصل أن القاضى لا يزيده ليكون مساوياً للضرر، بل يحكم به كما هو. ويكون الشرط الجزائى فى هذه الحالة بمثابة تخفيف لمسئولية المدين والاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الاعفاء منها جائز فى نطاق المسئولية العقدية إلا ما ينشأ عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم (م ٢١٧ مدنى مصرى)[٢].

وعلى ذلك إذا زاد الضرر عن التعويض المتفق عليه وأثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً فانه فى هذه الحالة للقاضى أن يزيد من مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذى وقع. لكن إذا كان الغش أو الخطأ الجسيم لم يصدر من المدين شخصياً بل وقع من أحد الاشخاص الذين يستخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه فانه لا يجوز للقاضى زيادة التعويض حتى ولو جاوز الضرر المبلغ المتفق عليه، لان الاتفاق على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من تابعى المدين جائز طبقاً لنص المادة ٢/٢١٧ مدنى مصرى.

وهذه الاحكام تتعلق، فى كل من مصر وفرنسا، بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وكل اتفاق من هذا القبيل يقع باطلاً (م ٣/١١٥٢ مدنى فرنسى) و(م٣/٢١٧ مدنى مصرى).

وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على شرط جزائى يكون من التفاهة بحيث يكون المقصود به أن يصل المدين إلى اشتراط اعفائه من مسئوليته التقصيرية، ففى هذه الحالة يكون الشرط الجزائى باطلاً، وللقاضى أن يحكم بتعويض أزيد بكثير من التقدير التافه الذى ورد فى الشرط الجزائى متوخياً فى ذلك تطبيق القواعد العامة فى التقدير القضائى للتعويض[٣].

---

(١) انظر فى ذلك:

Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., p. 515 p. 357, 358.

(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٤٩٨، ص ٨٧٧.

(٣) السنهورى، الوسيط. جـ ٢ فقرة ٤٩٩ ص ٨٧٩ مع ملاحظة أن شرط الاعفاء أو التخفيف من المسئولية التقصيرية يبطل فى جميع الاحوال حتى فى حالة الخطأ اليسير

المبحث الثالث

التعويض القانونى (الفوائد)

سبق أن قلنا أن الاصل فى تقدير التعويض هو أن يتم بمعرفة القاضى لكن ليس هناك ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض أو أن يتكفل القانون ذاته بهذا التقدير. وقد سبق أن بسطنا أحكام كل من التعويض القضائى وأحكام الشرط الجزائى، والآن نود أن نعرض بالتفصيل لاحكام التعويض القانونى. ولدراسة هذه الاحكام سوف نعرض أولا: لنطاق التعويض القانونى. ثم ثانياً: للنظام القانونى لهذا التعويض.

المطلب الاول

نطاقه

قدمنا أنه فى بعض الأحوال يتكفل القانون بتحديد مقدار التعويض بنصوص تشريعية، ومن وجهة النظر الاقتصادية والسياسة التشريعية الرشيدة، أن تحديد المشرع لمقدار التعويض يعد أمراً غير مرغوب فيه وينبغى عدم الاقدام عليه إلا فى حالات نادرة يقوم فيها مبرر قوى لمثل هذا الاجراء(1). ويرجع السبب فى ذلك إلى أن انطواء نصوص تشريعية جامدة على مقادير معينة من التعويض فى حالات متنوعة قد تختلف ظروفها وقد يتفاوت الضرر الذى فى كل حالة منها، ومع ذلك يبقى مقدار التعويض عن هذا الضرر المتفاوت جامداً فى النص لا يتغير(2).

وأهم حالة عمد فيها المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقدار التعويض فى صوص تشريعية هى حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود. وذلك لان الالتزام بأداء مبلغ من النقود هو دائما من الالتزامات التى يكون التنفيذ العينى فيها ممكناً، ومن ثم فان التعويض عن عدم التنفيذ لا يثور أمره فى هذا النوع من الالتزامات وانما قد يثور موضوع التعويض عن التأخير فى التنفيذ. ويكون التعويض عندئذ فى صورة فوائد. وهى تسمى لذلك فوائد التأخير(3).

ولتحديد نطاق التعويض القانونى يجب ان نعرف انه قاصر على الالتزام بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب. كما أن هذا التعويض قد يكون فى صورة فوائد عن التأخير أو فوائد مقابل الانتفاع براس المال. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

---

(١) انظر فى نفس هذا المعنى السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٥٠٠، ص ٨٨٠.
(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جزء ٢ فقره ٥ ص ٨٨٠.
(٣) انظر عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٩٧، انور سلطان، المرجع السابق، فقره ٢٠٢، ص ١٧٣

أولاً: أن يكون الالتزام التزاماً بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

وكما هو واضح فانه يلزم أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود، ومن ناحية ثانية يجب أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت الطلب ولندرس هاتين النقطتين على التوالى:

١- التزام بدفع مبلغ من النقود:

كما سبق أن قدمنا فان التعويض القانونى يتحدد نطاقه بالالتزامات التى يكون محلها مبلغاً من النقود. فالعبرة بمحل الالتزام، ما دام هذا المحل هو دفع مبلغ من النقود فمن الجائز أن يكون هناك فوائد مستحقة إذا توافرت شروطها.

وبناء على ذلك فانه لا عبرة بمصدر الالتزام، فالالتزام بدفع مبلغ من النقود أيا كان مصدره يمكن أن يستحق عنه فوائد. فقد يكون هذا المصدر عقداً، وهو الغالب، مثل التزام المقترض برد مبلغ القرض، والتزام المشترى بدفع الثمن، والتزام المستأجر بدفع الاجرة، إذا كانت نقوداً، والتزام الشريك بتقديم حصته فى الشركة، إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود. وقد يكون مصدر الالتزام عمل غير مشروع، كالالتزام بدفع مبلغ التعويض، أو عمل نافع، كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق مبلغاً من النقود، أو نص القانون، كالالتزام بدفع النفقة، إذا قدرت بمبلغ من النقود كما هو الغالب.

٢- معلوم المقدار وقت الطلب:

لا يقصد بهذا الشرط منع سريان الفوائد عن كل التزام يكون مقداره محلاً للمنازعة، وانما كان القصد من وراء هذا الشرط هو منع سريان الفوائد على المبالغ التى يطالب بها الدائن على سبيل التعويض عن عمل غير مشروع. فإذا كان حق المضرور فى التعويض ينشأ من وقت تحقق الضرر إلا أن هذا الحق لا يكون معلوماً المقدار إلا من تاريخ الحكم به.

لكن ليس معنى هذا أن الالتزام بالتعويض يخرج عن نطاق استحقاق الفوائد حيث أن الذى يجرى عليه العمل أن القاضى يدخل فى اعتباره عند تقدير التعويض نوعان من الضرر، الضرر الاصلى الناشئ عن خطأ المسئول، والضرر الناشئ عن التأخر إلى يوم النطق بالحكم[1] - وبحكم القاضى يصبح التعويض مبلغاً من النقود معلوم المقدار، فإذا تأخر المسئول فى الوفاء به يستطيع المضرور أن يطالب بالفوائد بدعوى جديدة، فيقضى له بالفوائد القانونية عن التأخير بسعرها القانونى. ويذهب رأى إلى أن هذه الفوائد تسرى من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقا للقواعد

(١) قارن اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٣٩.

العامة[١]. بينما يذهب رأى آخر إلى سريان هذه الفوائد من وقت الحكم فى الدعوى الاصلية، وذلك تطبيقاً للمادة ٢٢٠/ ب[٢].

ثانياً: أنواع الفوائد المستحقة:

١- الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية:

يستحق على الالتزام بأداء مبلغ من النقود نوعان من الفوائد، فوائد التأخير، وهى تمثل التعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود عند الاجل المحدد لوفائه. وهى تقدر على أساسه نسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً. وفوائد استثمارية[٣] وهى تستحق مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة، وهى مدة الاجل وتقدر بنسبة مئوية من رأس المال تحتسب سنوياً.

٢- الفوائد القانونية والفوائد الاتفاقية:

هذا التقسيم يتقاطع مع التقسيم السابق، والفوائد الاتفاقية هى الفوائد التى يتفق عليها الطرفان. وهذه الفوائد قد يتفق عليها الطرفان اما كمقابل الانتفاع المدين بمبلغ من النقود خلال مدة معينة، هى مدة الاجل، وهذه هى الفوائد الاستثمارية ويلتزم بها المدين فى عقد من عقود المعاوضة كعقد القرض وعقد البيع بالاجل، وأما على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام بدفع مبلغ من النقود فى الأجل المحدد لوفائه، وهذه هى الفوائد التأخيرية.

أما الفوائد القانونية فهى ليست سوى فوائد تأخيرية يحدد القانون سعرها برقم ـبب فإذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير فان القانون يجيز للدائن - رغم عدم الاتفاق - أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير بالسعر القانونى الذى حدده المشرع، إذا توافرت شروط استحقاقها

وهكذا فان الفوائد التأخيرية، قد تكون فائدة اتفاقية وقد تكون فائدة قانونية، أما الفوائد الاستثمارية فلا تكون إلا اتفاقية[٤].

والفوائد الاتفاقية، سواء كانت عن التأخير، أو كانت مشترطة كمقابل للانتفاع بالمبلغ، لا يجوز أن يزيد سعرها على ٧٪ (م ٢٢٧/١ مدنى). وهذا الحد الاقصى

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٥، ص ٨٨٩.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٦ ص ١٤٠.
(٣) ويطلق عليها البعض اسم الفوائد التعويضية، انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٢ ص ٨٨٦، ٨٨٧ ويطلق البعض الآخر عليها اسم الفوائد العوضية، انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٥١ ص ١٢٧. وتطلق عليها محكمة النقض «الفوائد التعويضية» انظر فى ذلك نقض ١٩٩٤/١١/٢٤ س ٤٥ ص ١٤٧١، ١٤٧٢.
(٤) ومع ذلك قارن السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ١٠٩ ص ٩٠١، هامش ٢.

للفائدة الاتفاقية يسرى على المسائل المدنية والمسائل التجارية دون تفرقة. والعلة فى هذا التحديد هى محاربة الربا

أما الفوائد القانونية فان لم يحدد الطرفان بالاتفاق سعر الفائدة فانه لا شأن للقاضى بتقديرها وانما يلزم المدين بالفائدة التى حددها المشرع. وقد حددها القانون، كأصل عام، بأربعة فى المائة فى المسائل المدنية وخمسة فى المائة فى المسائل التجارية (م ٢٢٦ مدنى).

المطلب الثانى
نطاقه القانونى

وفى هذا الصدد نتصدى بالدراسة لشروط استحقاق التعويض القانونى، الفوائد، ثم نعرض لدراسة القيود التى تحد من هذا الاستحقاق، وفى النهاية ندرس سعر الفائدة.

أولاً - شروط الاستحقاق:

وهنا سنعرض أولاً لشروط استحقاق الفوائد التأخيرية ثم نتعرف بعد ذلك على شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية.

١- شروط استحقاق الفوائد التأخيرية:

(أ) شروط الاستحقاق والقواعد العامة فى التعويض:

ان التكييف القانونى الذى تبناه المشرع لفوائد التأخير هى أنها تعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود عن الاجل المعين. ونحن نعلم أنه يشترط لاستحقاق التعويض طبقاً للقواعد العامة ثلاثة شروط، الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر علاوة على اعذار المدين. فهل يلزم توافر هذه الشروط أيضاً لاستحقاق التعويض عن التأخر فى الوفاء بمبلغ من النقود؟؟

بمراجعة الاحكام الواردة فى هذا الصدد نجد أن خطأ المدين هو مجرد التأخر عن الوفاء بالمبلغ المعلوم المقدار وقت الطلب فى الاجل المعين. حيث أن الالتزام بدفع مبلغ من نقود هو التزام بتحقيق نتيجة، لان هناك تطابق بين الغاية المبتغاة من هذا الالتزام، هى نقل ملكية مبلغ من النقود ومضمون أداء المدين، وهو نفس الشئ أى نقل ملكية مبلغ من النقود، فعدم تحقيق هذه النتيجة يعتبر فى ذاته عدم تنفيذ للالتزام. فالخطأ لا شئ غير التأخر فى الوفاء بالمبلغ عن الاجل المعين.

أما بالنسبة للضرر وعلاقة السببية، فان القانون قد فرض فرضاً لا يقبل اثبات العكس بأن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بمبلغ من النقود فى الاجل المعين يسبب ضرراً للدائن. ولذلك لا حاجة للدائن إلى أثبات هذا الضرر، كما

أن المدين لا يستطيع أن ينفى وقوعه. وقد نصت على ذلك المادة ٢٣٨ بأنه «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير». علاوة على ذلك، يفرض القانون كذلك، فرضاً غير قابل لاثبات العكس، أن هذا الضرر هو النتيجة المباشرة لخطأ المدين وهو تأخره فى الوفاء، فعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر هى أيضاً مفروضة فرضاً لا يقبل اثبات العكس[1]

وهذه الاحكام تتفق والفلسفة الاقتصادية للائتمان. حيث أن النقود ليست قيمة معطلة وانما هى قيمة تعمل فى النشاط الاقتصادى فعدم وفاء المدين بالمبلغ المستحق فى ذمته فى الميعاد المحدد يصيب الدائن بخسارة. إذ قد يضطر الدائن إلى التوقف عن سداد دين مستحق عليه فى ذمته هو وما يؤدى إليه ذلك من دفعه لفوائد التأخير، أو قد يدفعه إلى الاقتراض بفائدة أعلى لسداد ما هو مستحق عليه هو فى هذا الميعاد. وقد يفوت على الدائن ربحاً كما لو أن الدائن يكون قد خصص هذا المبلغ لاستغلال معين فإذا به يحرم منه فى الميعاد المحدد. وفى كلتا الحالتين يستحق الدائن التعويض عن التأخير نتيجة لما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

ولهذا فانه كان منطقياً أن يفترض القانون الضرر وعلاقة السببية فرضاً لا يقبل اثبات العكس فى حالة تأخر المدين فى الوفاء بمبلغ من النقود ومعلوم المقدار وقت الطلب.

أما بالنسبة لاعذار المدين، فقد استبدله القانون بالمطالبة القضائية كقاعدة عامة. وهذا نوع من التشدد يتفق وفلسفة المشرع فى مناهضة الربا واستنكاره[2].

(ب) ونخلص من كل ما تقدم أن **شروط استحقاق الفوائد التأخيرية تتلخص فى شرطين:** (١) التأخر فى الوفاء بالتزام بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب، (٢) المطالبة القضائية.

(١) التأخر فى الوفاء بالالتزام بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب:

ان مناط استحقاق فوائد التأخير هو تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلب عن ميعاد الاستحقاق. فى حالة عدم اتفاق الافراد على هذه الفوائد فانها تسرى بالسعر الذى يقرره القانون. وإذا كان متفق عليه من قبل ما بين الدائن والمدين، فانه ينبغى ألا يتجاوز الحد الاقصى المقرر قانوناً (٧٪).

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٩ ص ٨٩٢.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٩ ص ٨٩٢.

ويغلب أن يقع الاتفاق عندما يكون مصدر الالتزام هو العقد، فيكون الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية ضمن شروط هذا العقد، ويسمى سعر الفائدة فى هذه الحالة بالسعر الاتفاقى. ولا مانع من أن يتم الاتفاق على سعر الفوائد الاتفاقية فى غير العقد الذى أنشأ الالتزام بدفع المبلغ من النقود، بل وفى خصوص التزام بدفع مبلغ النقود لا يكون مصدره العقد. فإذا لم يكن هناك سعر للفوائد التأخيرية متفق عليه، ما بين الدائن والمدين فإن السعر الذى يسرى فى هذه الحالة هو السعر القانونى[1]. ولذلك فالفوائد التأخيرية اما أن تكون فوائد اتفاقية أو فوائد قانونية.

(٢) المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية:

«... تسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره» (م ٢٢٦ مدنى)[2].

هذا الشرط يعتبر استثناء من القواعد العامة من ناحيتين: **أولاً:** ان القاعدة العامة فى التعويض عن التأخير أنه يستحق من وقت الاعذار، أى من وقت انذار المدين – **ثانياً:** ان القاعدة العامة فى الاعذار أنه لا يشترط أن يطالب الدائن صراحة بالتعويض عن التأخير، بل يكفى أن يعلن الدائن للمدين أنه يريد منه تنفيذ الالتزام. أما فوائد التأخير فلا يكفى الانذار لاستحقاقها، بل يلزم المطالبة القضائية. كما أنه لا يكفى أن يطالب الدائن المدين بالدين وحده مطالبة قضائية حتى تسرى الفوائد التأخيرية من وقت هذه المطالبة، بل يلزم المطالبة بالفوائد التأخيرية ذاتها بالاضافة إلى الدين ذاته[3]. وعلى ذلك فإذا لم يطالب الدائن فى صحيفة الدعوى إلا بأصل الدين، ثم عاد أثناء نظر الدعوى يطلب الحكم بالفوائد فلا تسرى الفوائد إلا من وقت هذا الطلب، حيث أن المطالبة القضائية بالفوائد تتحقق بهذا الطلب وليس من وقت رفع الدعوى. وقد تشدد القانون فى تحديد مبدأ سريان الفوائد التأخيرية، فجعلها من وقت المطالبة القضائية لا من وقت الاعذار، واشترط ان تتضمنها هذه المطالبة، وذلك لمناهضة الربا واستنكاره كما سبق القول.

ويترتب على ذلك أن الفوائد التأخيرية لا تسرى إذا كانت صحيفة الدعوى باطلة أو كانت المحكمة التى رفعت إليها الدعوى غير مختصة، وكذلك الحال إذا سقطت الخصومة أو تركت أو انقضت بالتقادم، وذلك على خلاف القواعد العامة فى الاعذار حيث أن صحيفة الدعوى فى هذه الحالات جميعاً تقوم مقام الانذار[4].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة٥٠٧ ص ٨٩٣
(٢) نقض ١٩٩٣/١/٢٠ س ٤٤ ص ٢٥٧.
(٣) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٨ ص ٨٩٧، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٣٤.
(٤) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٥ ص ١٣٤.

على أن قاعدة وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ليست من النظام العام. فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافها، وعلى أن تسرى الفوائد التأخيرية من وقت الاعذار مثلاً، أو حتى بمجرد حلول أجل الديون دون حاجة إلى مطالبة قضائية أو إلى اعذار. وهذا ما يجرى عليه العمل غالباً عندما يتفق الطرفان على سعر اتفاقى للفوائد التأخيرية. ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية مقصوراً على فوائد التأخير القانونية[1].

وكذلك فان العرف التجارى قد يحدد ميعاد آخر لبدء سريان الفوائد. مثل ذلك فى الحساب الجارى حيث تسرى الفوائد بقوة القانون من يوم دخول المدفوعات فى الحساب الجارى[2].

ولخيراً قد ينص القانون فى حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسرى من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية. فقد تسرى الفوائد التأخيرية من وقت اعذار المشترى أو من وقت تسلم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى (م ٤٥٨ مدنى). أو من وقت استحقاق حصة الشريك النقدية فى الشركة (م ٥١٠ مدنى) أو من يوم احتجاز الشريك لمبلغ من مال الشركة (م ٥٢٢ مدنى) أو من يوم استخدام الوكيل لمال الموكل لصالح نفسه (م ٧٠٦ مدنى) أو من يوم وقت الانفاق بالنسبة المبالغ التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م ٧١٠ مدنى). أو من يوم الدفع بالنسبة لما يدفعه الكفيل (م ٨٠٠) أو غير ذلك من النصوص.

٢- شروط استحقاق الفوائد الاستثمارية:

وقبل أن نعرض لهذه الشروط يجب أن نتعرف عليها ونبين المجال الذى تعمل فيه.

أ - التعريف بها ومجالها:

الفوائد الاستثمارية هى الفوائد التى يلتزم بها المدين فى مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون فى ذمته للدائن لأجل معين.

والغالب أن تكون الفوائد الاستثمارية فى إلتزام بدفع مبلغ من النقود يكون مصدره العقد. وأكثر ما تصادف هذه الفوائد فى عقد القرض وعقد البيع بالاجل.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٠٨، ص ٨٩٨.

(٢) أستاذنا الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦ فقرة ٥٤٠ ص ٤٧٨، أستاذنا الدكتور على البارودى، القانون التجارى، الاوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الافلاس، منشأة المعارف ١٩٧٥ فقرة ٤٠٥ ص ٤٨٢.

ففى عقد القرض يتفق المقرض والمقترض على فائدة معينة مقابل الانتفاع بمبلغ القرض خلال مدة معينة - وكذلك عقد البيع بالاجل يتفق البائع والمشترى على أن يدفع المشترى الثمن فى اجال معينة مقابل أن يدفع المشترى فوائد عن هذا الثمن. وكذلك الحال بالنسبة للودائع المصرفية المنتجة لفوائد معينة، وكذلك فوائد السندات. ففى كل هذه الاحوال نجد أن الفوائد تستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود وهذه الفوائد الاستثمارية هى المحرك الرئيسى للنشاط الاقتصادى المعاصر.

والفوائد الاستثمارية لا تكون إلا فوائد اتفاقية[1] وهذه الفوائد مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالائتمان حيث أن الدائن لا يمنح ثقته للمدين، بمحنه الائتمان الذى يحتاج إليه إلا إذا كان واثقاً فى استرداد رأس المال والفوائد المستحقة كمقابل للانتفاع به. والائتمان مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالزمن، حيث أنه لا يتعلق إلا بالالتزامات الممتدة فى الزمن. كما ان الائتمان لا ينشأ ولا يتعزز إلا بمناسبة وبواسطة العقد[2].

وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية التى يلزم بها المدين حتى حلول أجل الدين، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول هذا الاجل فى الوفاء بالتزامه. والفوائد التأخيرية قد تكون اتفاقية اشترطها المتعاقدان فى شرط جزائى، وقد تكون قانونية يتولى المشرع تحديدها عند عدم اتفاق الاطراف عليها. والفوائد الاتفاقية، سواء أكانت استثمارية أو تأخيرية، لا يجوز أن تزيد عن نسبة ٧٪ وهو الحد الاقصى المسموح به قانوناً

ب - شرط استحقاق الفوائد الاستثمارية - الاتفاق عليها:

ان المدين لا يلزم بالفوائد الاستثمارية إذا لم يكن هناك اتفاق عليها. فالمقترض لا يدفع فوائد استثمارية عن مبلغ القرض إلا إذا اتفق على ذلك مع الدائن. وهذا ما أكدته المادة ٥٤٢ مدنى بنصها على أن «على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير آجر»، وهذه تعتبر قاعدة عامة يخضع لها كل عقود المعاوضة التى ينشأ عنها التزام بمبلغ من النقود، وعادة ما يحدد أيضاً هذا الاتفاق سعر هذه الفوائد، بشرط عدم تجاوزها الحد الاقصى المقرر قانونا.

ثانياً - القيود التى تحد من استحقاق الفوائد:

ان أهم ما كان يشغل المشرع المصرى على مدار أحكام التقنين المدنى هو محاربة الربا. وأهم المجالات التى كانت فيها مناهضة الربا واستنكاره واضحا، مجال الفوائد. ولذلك قد أورد المشرع قيدين رئيسيين يحدان من استحقاق الفوائد،

(١) ومع ذلك قارن السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٠٦ ص ٩٠١ هامش ٢
(٢) انظر مؤلفنا، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف ١٩٩٠ ص ١٠ وما بعدها.

سواء كانت تأخيرية أو اتفاقية، وسواء كانت تأخيرية أو استثمارية. فنصت المادة ٢٣٢ مدنى على أنه «لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكبر من رأس المال، وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية» ولنرى ذلك تفصيلاً.

القيد الأول – تحريم الربح المركب:

ويقصد به تقاضى فوائد على متجمد الفوائد بمعنى أن تضم الفوائد المستحقة التى لم يتم الوفاء بها إلى رأس المال واحتساب الفوائد بعد ذلك على أساس المجموع. وواضح ما يترتب على ذلك من اثقال لكاهل المدين بمديونية لا تتناسب قط مع ما يعود عليه من استثمار رأس المال الاصلى، مما يؤدى به إلى الافلاس أو الاعسار.

ويتحدد نطاق هذا الحكم بالفوائد بالمعنى الفنى الدقيق. كما أن هذا الحكم لا يخل بالقواعد والعادات التجارية. وعلى ذلك فإن الاستحقاقات الدورية غير الفوائد، كالاجرة والايرادات المرتبة مدى الحياة لا تعتبر فى حكم الضرائب فيجوز تقاضى فوائد عن المتجمد من هذه الاستحقاقات[1]. كما أن عرف التجارة قد يقضى بالخروج على هذا الحكم. ومن ذلك مثلاً اجازة تجميد ما يستحق منها عن مدة تقل عن سنة فى الحساب الجارى، دون حاجة إلى اتفاق أو مطالبة قضائية[2].

القيد الثانى: تحريم زيادة مجموع الفوائد على رأس المال:

ويقصد بذلك أن مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن من مدينه لا يصح فى أية حال أن تزيد على رأس المال، إذ «من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوزت مقدار الدين نفسه، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله»[3].

وهذا الحكم ينصرف إلى جميع أنواع الفوائد، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وسواء كانت اتفاقية أو قانونية.

ويتحدد نطاق الحكم بالصفقات المدنية العادية. وعلى ذلك فإن هذا الحكم لا يخل بما جرت عليه القواعد والعادات التجارية. كما أن هذا الحكم يقتصر على الصفقات المدنية العادية البسيطة فإذا تعددت الصفقات أو كانت بائتمان انتاجى طويل الاجل فانه فى هذه الحالات من المتصور أن يزيد مجموع الفوائد عن رأس المال»[4].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٢٠ ص ٩٢٥.
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٩٩.
(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٩٧.
(٤) انظر فى تفصيل أكثر، السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥١٩ ص ٥٢٧ وبصفة خاصة هامش ١ ص ٩٢١، ٩٢٢.

ثالثاً – سعر الفائدة:

قد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد التأخيرية، وكذلك للفوائد الاستثمارية، وقرر جزاء لمجاوزة الحد الاقصى. ومع ذلك فان المشرع قد قدر أن هناك أحوالاً يجوز فيها النزول عن الحد الاقصى للفوائد التأخيرية أو الزيادة فيها عن ذلك الحد. فلنبحث هذه النقاط على التوالى.

١- الحد الاقصى وجزاء تجاوزه:

نعرض **أولاً للحد الاقصى** لكل من الفوائد التأخيرية والفوائد الاستثمارية ثم نعرض، بعد ذلك لجزاء تجاوز هذا الحد.

أ – بالنسبة للفوائد التأخيرية: رأينا أن سعر الفوائد التأخيرية، اما أن يكون سعراً قانونياً واما أن يكون سعراً اتفاقياً.

وقد حدد المشّرع السعر القانونى للفوائد التأخيرية فى المسائل المدنية بأربعة فى المائة، وفى المسائل التجارية بخمسة فى المائة. وللتمييز بين المسائل المدنية والمسائل التجارية فان العبرة فى ذلك بالمدين. فإذا كان المدين غير تاجر، فالفائدة تحسب بالسعر القانونى فى المسائل المدنية وهو ٤٪ حتى ولو كان الدائن تاجراً أو العملية تجارية[١].

ويسرى هذا الحكم فى حالة عدم اتفاق الطرفين على سعر للفوائد التأخيرية. أما إذا اتفق الطرفان على سعر للفوائد التأخيرية، وذلك طبقاً لنص المادة ١/٢٢٧ مدنى، فان هذا السعر قد يقل عن السعر القانونى وقد يزيد عنه ولكن فى جميع الاحوال ينبغى ألا يزيد عن سبعة فى المائة، ويستوى فى ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية.

ب – بالنسبة للفوائد الاستثمارية: سبق أن قلنا أن الفوائد الاستثمارية لا تكون إلا فوائد اتفاقية. وبناء على ذلك فانه ليس للفوائد الاستثمارية إلا سعر واحد وهو السعر الاتفاقى وقد وضع المشرع حداً أقصى للفوائد الاتفاقية، سواء كانت فوائد تأخيرية أو فوائد استثمارية، وهو ٧٪[٢].

وامعانا فى محاربة المشرع للربا. وكشف التحايل على الحد الاقصى المقرر للفائدة الاتفاقية فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ على أن «كل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الاقصى المتقدم ذكره يعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٢ ص ٩٠٤.
(٢) مما تجدر ملاحظته أنه فى القطاع المصرفى والأعمال المصرفية قد أعطى قانون الائتمان البنك المركزى سلطة تحديد سعر الفائدة الدائنة والمدينة.

للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

وللمدين أن يكشف عن هذا التحايل بكافة طرق الاثبات[1].

جزاء مجاوزة للحد الأقصى: قد نصت المادة ١/٢٢٧ على أنه «... إذا اتفقا (المتعاقدان) على فوائد تزيد على هذا السعر (٧٪) وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر».

وعلى ذلك فانه لا يترتب على مجاوزة الحد الأقصى بطلان العقد بأكمله، بل يقتصر الجزاء على انقاص الفوائد إلى الحد الجائز قانوناً. يلزم الدائن برد ما تسلمه زيادة عن الحد الأقصى ولو كان المدين قد أداه اختياراً وهو يعلم أنه غير ملزم به قانوناً. فالاتفاق على فائدة تزيد على الحد الأقصى باطل فيما زاد على هذا الحد. والبطلان مطلق لتعلق نص المادة ١/٢٢٧ مدنى بالنظام العام، فلا تصح الاجازة لا صراحة ولا ضمناً، ولذلك لا يقتصر الحق فى الاسترداد على الحالة التى يكون الدفع فيها واقعاً عن غلط»[2].

ويلزم الدائن بدفع فوائد المبلغ الذى تسلمه زائدا عن الحد الأقصى، بوصفه مبلغ تسلمه بغير حق، وذلك من وقت تسلمه عملاً بالمادتين ٢/١٨٥ و ٢٢٠/جـ ويتقادم الالتزام بالرد بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقاً لأحكام المادة ١٨٧ مدنى، لأن هذا الالتزام مصدره دفع غير المستحق[3].

٢- مدى جواز الزيادة أو النقصان عن الحد الاقصى للفوائد التأخيرية.

إذا كان المشرع قد وضع حداً أقصى لسعر الفائدة، القانونى أو الاتفاقى، فى الفوائد التأخيرية على النحو السابق بيانه إلا أنه قد قدر أن هناك أحوالاً، تقتضى اعتبارات معينة، النزول فيها عن هذه الحدود المقررة أو الزيادة فيها على تلك الحدود. ولنرى ذلك بشئ من التفصيل.

الحالة الأولى: تسبب الدائن بسوء نية فى اطالة أمد النزاع:

فقد نصت المادة ٢٢٩ مدنى على أنه «إذا تسبب الدائن، وهو يطالب بحقه، فى اطالة أمد النزاع، فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية، أو لا يقضى بها اطلاقاً، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر».

---

(١) انظر فى ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥١٣، ص ٩٠٩.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥١٠ ص ١٢٩.
(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٤ ص ٩١١

وهذا الحكم تمليه مقتضيات العدالة. ولذلك فقد كان القضاء المصرى يسير على مقتضاه دون نص فى ظل التقنين المدنى السابق ويمكن ارجاع حكم هذه المادة إلى مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق[1].

من الناحية العملية، قد يرى الدائن أن من مصلحته ألا يوفى المدين بالالتزام لكى يستمر سريان الفوائد التأخيرية عليه، فيعمد إلى اطالة أمد النزاع حتى تتراكم هذه الفوائد على المدين، ليعوض انخفاض سعر الفائدة فى السوق عن السعر المقرر لفائدة التأخير مثلاً[2].

ولتطبيق هذا الحكم ينبغى توافر شرطين:

الأول: اطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر. مثل ذلك أن يلجأ الدائن إلى انكار امضائه على مخالصة صادرة منه عن جزء من الدين، مما يتعين معه اتباع اجراء تحقيق التوقيع وما يترتب على ذلك من اطالة أمد النزاع، أو أن يطعن فى هذه المخالصة بالتزوير أو يلجأ إلى الكثير من الدفوع الكيدية بقصد اطالة أمد النزاع.

وهذا لا يقتضى بطبيعة الحال الالتجاء دائما إلى القضاء، وانما يكفى أن يتبع الدائن فى اجراءات المطالبة بحقه سبل لا مبرر لها إلا اطالة أمد النزاع. من ذلك مثلاً اعذاره المدين ورفضه قبول الدين دون سبب مشروع مما يضطر المدين أن يسلك اجراءات العرض الحقيقى، فيعمد الدائن إلى اطالة اجراءات هذا العرض، وهكذا[3].

الثانى: سوء نية الدائن. وعلى ذلك فمجرد الخطأ لا يكفى لتوقيع هذا الجزء، وانما يلزم أن يكون الدائن قد تعمد اطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين. على ذلك لا يكفى أن يكون الدائن قد أخطأ فى اطالة أمد النزاع خطأ عادياً. ويرجع هذا التشدد من جانب المشرع إلى خطورة الجزاء الذى يترتب على عمل الدائن، وهو سقوط حقه فى الفوائد. ولذلك لم يجعل توقيع هذا الجزاء الخطير مرهوناً بخطأ بسيط من الدائن يسهل على المدين أن ينسبه إلى الدائن بمجرد أن يطول أمد النزاع[4].

ويقع على المدين عبء اثبات الشرطين معاً. فإذا أثبت المدين أن النزاع قد طال بلا مبرر، وأن الدائن كان سيئ النية فتعمد اطالة أمد النزاع حتى تتراكم

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٧، ص ٩١٤.
(٢) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١٤٣.
(٣) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٧ ص ٩١٥.
(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٧ ص ٩١٦.

الفوائد، جاز للقاضى أن يخفض الفوائد، أولاً يقضى بها اطلاقاً عن المدة التى، طال فيها النزاع بلا مبرر، أى أن أثر التخفيض أو الاسقاط لا ينسحب إلا عن هذه المدة.

الحالة الثانية: حكم الفوائد التأخيرية بعد رسو المزاد:

نصت المادة ٢٣٠ مدنى على أنه «عند توزيع ثمن الشئ الذى بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون فى التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الانصبة التى تقررت لهم فى هذا التوزيع إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب ايداع الثمن فيها، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء».

وهذا الحكم قد استحدثه التقنين المدنى الجديد لمعالجة بعض الأوضاع التى كانت تضر بالمدين ضرراً شديداً. من ذلك أن يبقى المدين ملتزماً بعد رسو المزاد وطوال إجراءات التوزيع، بدفع الفوائد التأخيرية عن الديون التى تدرج فى قائمة التوزيع وتطول إجراءات التوزيع عادة، وقد تستغرق سنوات، والفوائد التأخيرية تتراكم على المدين. وهو لا يد له فى ذلك ولا يملك دفع هذا الأذى عن نفسه»[1].

ولذلك جاءت المادة ٢٣٠ مدنى لتحدد مدى ما يستحقه الدائنين من فوائد تأخيرية بعد رسو المزاد. فقررت هذه المادة **أولاً**: أن الفوائد التأخيرية لا تسرى بسعرها المقرر، سواء كانت قانونية أو اتفاقية، إلا إلى وقت رسو المزاد على مشتر. **ثانياً**: فى المرحلة التالية لرسو المزاد لا تنتج الديون التى ينفذ بها على أموال المدين فوائد تأخيرية إلا إذا كان الراسى عليه المزاد، أو كانت خزانة المحكمة بسبب ايداع الثمن فيها يلتزم أحد منهما بدفع فوائد على هذا الثمن. **ثالثاً**: بين المشرع حدود الفوائد التأخيرية المستحقة للدائنين، فقرر أنه لا يتقاضى فوائد التأخير إلا بالسعر الذى استحقت به هذه الفوائد فى ذمة الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة. ويغلب أن يكون هذا السعر الأخير أقل من سعر الفائدة التأخيرية التى كانت واجبة على المدين. وتقسيم هذه الفوائد بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء، دون تمييز بين دائن مزود بضمان خاص ودائن عادى. وبهذا، فرغم أن الدائن لم يستوف حقه بعد، فقد تسقط فائدة التأخير، وقد تخفض عن المدة التالية لرسو المزاد.

وطبقاً لهذا النص أصبح مناط استحقاق فوائد تأخير على المدين، بعد رسو المزاد، مرهوناً باستحقاق فائدة عن الثمن الملزم به الراسى عليه المزاد أو خزانة

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥١٨ ص ٩١٧

المحكمة إذا كان قد أودع نيبا. بل وأن سعر هذه الفائدة يتحدد بالسعر المقرر على الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة بحسب الأحوال. وبذلك تتحقق الحماية اللازمة للمدين من بطء إجراءات التنفيذ الذى لا بد له فيه[1].

الحالة الثالثة: تسبب المدين بسوء نية في احداث ضرر يجاوز الفوائد:

تنص المادة ٢٣١ مدنى على أنه «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد إذا أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية».

وهذا النص أيضاً تمليه اعتبارات العدالة. ولذلك نجد أن القضاء المصرى كان يأخذ تقريباً بمقتضاه رغم عدم وجود نص فى ظل التقنين المدنى السابق. ويمكن ارجاع هذا الحكم أيضاً إلى مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق[2].

ويتضح من هذا النص أنه يشترط للحكم بتعويض اضافى للدائن شرطان:

الأول: تجاوز قيمة الضرر الذى أصاب الدائن من جراء التأخير مقدار الفوائد المستحقة. وعلى ذلك لا يكفى لاستحقاق تعويض تكميلى الضرر المألوف الذى ينجم عادة عن مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه، وانما يلزم أن يصيب الدائن ضرراً استثنائياً. مثل ذلك أن يعلم المدين بارتباط الدائن بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه منه ويترتب على عدم استيفائه لهذا الحق تعرضه لإجراءات قانونية شديدة من جانب دائنيه قد تصل فى بعض الأحيان إلى حد شهر الافلاس. فهنا قد أصاب الدائن خسارة فادحة. وقد يترتب على عدم وفاء المدين لالتزامه فى الميعاد المحدد أن يفوت على الدائن ربح كبير، كأن تفوته صفقة رابحة، كان يعتمد فى ابرامها على استيفاء حقه وعلم المدين بذلك[3].

الثانى: سوء نية المدين. ويقصد بذلك أن يتعمد المدين التخلف عن الوفاء بالتزامه وهو عالم بما قد يصيب الدائن من ضرر زائد من جراء ذلك. ويقع على الدائن عبء الاثبات. وإذا أثبت الدائن ذلك كان له أن يتقاضى مع المدين تعويضاً تكميلياً يضاف إلى الفوائد التأخيرية المستحقة فى ذمة المدين لتأخيره فى الوفاء بالتزامه. والقاضى يقدر التعويض التكميلى بالكيفية التى يراها مناسبة لجبر الضرر الذى أصاب الدائن دون أن يتقيد بقواعد التعويض القانونى الواردة فى المادة ٢٢٦ مدنى[4].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٥٩١.
(٢) السنهورى، الوسيط جـ ٢، فقرة ٥٢١ ص ٩٢٩.
(٣) السنهورى، الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٢٢ ص ٩٣٠.
(٤) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٥٧ ص ١٢٢.

الفصل الثاني
الوسائل العامة لضمان التنفيذ

• هذا الفصل يبين النظام القانونى الذى يعمل من خلاله الائتمان المدنى، كما أن هذا الفصل يفسر لنا كيف يعمل النشاط الاقتصادى فى المجتمع. ومن الناحية الفنية يكشف لنا هذا الفصل عن كيفية عمل نظرية الالتزام، لأنه يبين لنا الإطار الذى يعمل من خلاله الالتزام، أيا كان مصدره وأيا كانت صورته العملية

• وموضوعات هذا الفصل تبين لنا النطاق العام لحماية الدائن العادى. وتعتبر هذه الحماية الحد الأدنى الذى كفله القانون للدائن العادى باعتباره دائن الشريعة العامة.

وفى هذا الفصل سوف ندرس حق الضمان العام للدائن، ثم بعد ذلك نعرض لوسائل الحماية والضمان المقررة للدائن.

المبحث الاول
حق الضمان العام للدائنين

المقصود بالضمان العام: يقصد بالضمان العام أن «١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. (٢) وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون» (م ٢٣٤ مدنى).

وعلى ضوء هذا التعريف القانونى نستطيع أن ندرس فكرة الضمان العام فى نقطتين أساسيتين: أولهما: تتعلق بخصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه. وثانيهما: الطبيعة القانونية للضمان العام.

المطلب الأول
خصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه

إذا كان للدائن العادى حق الضمان العام على ذمة مدينة فيجب علينا أن نوضح خصائصه المميزة، ونعرض لنطاقه وما يستدعى ذلك من بيان وسائل المحافظة عليه

أولاً: جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه

وفى هذا الصدد سنعرض لنطاق الضمان العام، وما يستتبعه ذلك من وسائل للمحافظة عليه، وأخيراً نتعرف على طبيعة القواعد المنظمة له.

١- **نطاق حق الضمان العام**: هذا يعنى أن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسئولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وانما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ.

- فحق الدائن يرد على الضمان العام، على مجموع أموال المدين الحاضر منها والمستقبل، المنقول منها والعقار. وعلى ذلك فان الضمان العام لا يقتصر على الأموال الموجودة وقت نشوء الالتزام ولكن يشمل أيضاً الأموال التى تدخل فى ذمة المدين بعد ذلك. وكذلك فان هذا الضمان العام لا يتعلق بمال معين، وانما بمجموع الأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ.

• وبادئ ذى بدء يجب أن نشير إلى أن هذا الضمان العام يلعب دوراً بالنسبة إلى جميع الالتزامات أيا كان مصدرها. فسواء أكان مصدر الالتزام العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون، فان أموال المدين ضامنة للوفاء بهذه الالتزامات دون تمييز.

• وتدخل فى ذمة المدين الحقوق الناشئة عن التصرفات التى يعقدها الوكيل، كما تتحمل بالالتزامات التى يرتبها هذا الأخير. لأن آثار هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى ذمة الموكل (م ١٠٥ مدنى). وعلى ذلك فإذا كان المدين هو الذى يلتزم شخصياً فيجب أن يكون أهلاً لذلك. هذا بالنسبة للنيابة الاتفاقية. أما بالنسبة للنيابة القانونية، فان الأصيل ملزم بما يقوم به النائب من تصرفات قانونية صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون[1]. وفى خارج دائرة التصرفات القانونية فان ناقص الأهلية مسئول عن فعله الضار (م ١٦٤ مدنى) وعن إثرائه بلا سبب (م ١٩٧ مدنى).

• ويدخل فى الضمان العام للمدين المنقولات والديون التى تكون تحت يد الغير. فالأموال الموجودة تحت يد كل من المستأجر والمودع عنده، والمستعير، وصاحب حق الانتفاع لم تخرج قانوناً عن ذمة المدين ولذلك يمكن للدائن أن يحجز عليها تحت أيديهم. ولكن ينبغى أن نلاحظ أنه يمكن لهؤلاء أن يستفيدوا من الحق فى الحبس حتى يستوفوا حقوقهم المرتبطة والمترتبة على وجود هذا الشئ بين أيديهم. ويمكنهم أن يحتجوا بهذا الحق فى مواجهة الدائنين العاديين للمدين[2]. كما أنه إذا كان الحق المقرر على هذا الشئ حقا عينياً، كحق انتفاع مثلاً، فينبغى على الدائنين العاديين الحاجزين احترام هذا الحق.

- **ويخرج من نطاق هذا الضمان الأموال التى لا يجوز الحجز عليها ويرجع عدم القابلية للحجز فى بعض الأحيان إلى عدم قابلية المال للتصرف فيه. ومن أمثلة**

---

(١) السنهورى، الوسيط، جزء ١، ص ٢١٠.

(٢) G. Marty, P. Reynaud, Droit Civil, t III, Vol. I, No. 50.

ذلك المال المشروط عدم التصرف فيه. وقد يتدخل المشرع ليمنع الحجز على أموال معينة سواء لاعتبارات انسانية (م ٣٠٥ وما بعدها من قانون المرافعات) أو لاعتبارات المصلحة العامة (م ٨٧ مدنى).

٢- **وسائل المحافظة عليه:** ان حق الضمان العام بما يقرره للدائن من حماية لا يرفع مع ذلك يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته. ويترتب على ذلك أن يكون للمدين حرية التصرف فى أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع، لا يعد داخلاً فى نطاقه الضمان العام. كما أن ما يكتسبه المدين من أموال يدخل فى ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن.

- هذه الحرية ليست مطلقة، لأن المدين قد يضعف الضمان العام اما بانقاص ما لديه من أموال أو باضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقين عند التنفيذ.

• فقد يلجأ المدين إلى الصورية وذلك بأن يتنازل للغير عن مال من أمواله عن طريق تصرف ظاهر ويحتفظ بسند مستتر (ورقة الضد) والذى يدل على صورية التصرف. وفى هذه الحالة أجاز المشرع للدائن أن يلجأ إلى دعوى اعلان الصورية (م ٢٤٤ مدنى) على النحو الذى سيأتى بيانه.

• وقد يلجأ المدين إلى الغش بابرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس، أو يقوم بصفة عامة باحلال الأموال الظاهرة فى ذمته بأموال أخرى يمكن أن تفلت من الدائنين بسهولة، كأن يستبدل ما له من عقارات بأموال نقدية أو قيم منقولة يسهل عليه اخفاءها. لذلك قد تدخل المشرع ليحمى الدائنين من هذه التصرفات التى يجريها المدين بطريق الغش عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتى وردت أحكامها فى المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدنى على النحو الذى سوف يأتى بيانه.

• أخيراً قد يقف المدين موقفاً سلبياً، بأن يهمل في مباشرة حقوقه مما يترتب عليه أضعاف ضمانه العام. لذلك أجاز المشرع للدائن بمقتضى دعوى تسمى بالدعوى غير المباشرة أن ينوب عن مدينه فى مباشرة حقوقه التى أهمل فى مباشرتها (م ٢٣٥ و٢٢٥ مدنى) على النحو الذى نستبينه فيما بعد.

- علاوة على هذه الوسائل الموجهة مباشرة للمحافظة على الضمان العام هناك اجراءات ووسائل تحفظية مقررة للدائن فى نصوص متفرقة، وتهدف أيضاً إلى المحافظة على أموال المدين، كأن يضع الأختام عليها، أو يحرر بها محضر

جرد، عند موته أو افلاسه (م ٨٨١ مدنى)، أو أن يتدخل الدائن فى اجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه (م ٨٤٢ مدنى) أو أن يدخل خصماً ثالثاً فى الدعاوى التى يكون مدينه طرفاً فيها حتى يراقب سير الدعوى ويمنع التواطؤ اضراراً بحقوقه (م ١٢٦ مرافعات).

٣- طبيعة القواعد المنظمة للضمان العام: إذا كان المدين يمكنه التصرف بحرية وبدون غش فى أمواله على النحو السابق بيانه، إلا أنه لا يملك أن يتفق سلفاً على أن يكون هذا المال أو تلك غير داخل فى نطاق الضمان العام، أو أن الضمان العام يكون محدداً بمجموعة معينة من الأموال، لأن القواعد المنظمة للضمان العام متعلقة بالنظام العام[١]. وهذا ما يمكن استنتاجه من صياغة المادة ٢٣٤ مدنى نفسها[٢]. فسياق هذه المادة «أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه» يدل على العموم ولا يدع أى مجال لمثل هذه الاتفاقات إلا ما استثنى بنص خاص. بالاضافة إلى ذلك فان السماح بتحديد اتفاقى للضمان العام يتعارض مع فكرة الذمة المالية وفكرة الائتمان الشخصى. كما أن السماح بمثل هذه الاتفاقات يهدم مبدأ الضمان العام نفسه.

ومع ذلك يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن يكون تجريد المدين من أمواله وفقاً لترتيب معين، بحيث أن التجريد يبدأ أولاً بالأموال الأقل أهمية بالنسبة للمدين وهكذا. أن مثل هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لأنه يضع فى الاعتبار حقوق الدائنين وما يتفق مع مصالح المدين. كما أن هذا الاتفاق لا يتعارض مع مبدأ الضـ[illegible] العام.

فى بعض الأحيان يظهر فى نفس الذمة المالية تخصيص بعض الأموال لتكون مجموعاً مستقلاً ومتميزاً عن الذمة ككل ويكون له جانبه الايجابى والمستقل، ومثل هذه الحالة هى رخصة الترك والمنصوص عليها فى التقنين البحرى الملغى والتى تخول لمالك السفينة أن يحدد مسئوليته بقيمة السفينة ونولونها بالنسبة للتصرفات والأفعال الصادرة من القبطان[٣]. فمالك السفينة له اذن ذمة بحرية مستقلة عن ذمته الشخصية[٤]

---

(١) A. Weill, F. Terré, Les Obligations, 2 édit, 1975 n. 821

(٢) قارن نص المادة ٢٠٩٢ من التقنين المدنى الفرنسى وتعليق الفقهاء عليه.

(٣) انظر :

R. Rodière, Droit Maritime, Précis Dalloz, No. 142 et S

(٤) وفكرة وحدة الذمة لم يعد مسلماً بها بصفة مطلقه فى القانون الفرنسى الحديث. فقد سمح قانون ١١ يوليو ١٩٨٥ لشخص معين بأن ينشئ شركة ذات شخص وحيد وذات مسئولية محدودة من اجل نشاطه الحرفى أو التجارى أو الزراعى... الخ ومنح لها الشخصية المعنوية انظر فى تفصيل هذا الموضوع =

ثانيا: جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون:

وفى هذا يجب أن نعرض لمدى هذه المساواة، ووسائل كفالتها، وأخيراً أسباب الخروج عليها.

١- مدى هذه المساواة:

هذه الخاصية الثانية قد نصت عليها المادة ٢/٢٣٤ من التقنين المدنى. وهى تعنى أن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة فى ذمة مدينهم أيا كان تاريخ نشوء حقهم، وأيا كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فان الدائن السابق لا يمكن أن يدعى أى أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التى وجدت فى ذمة مدينة يوم أن تعامل معه. وبالمثل فان

= Cl. Champaud, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rev. trim. dr. com. 1979 p. 579; G. Daublon, entreprise et patrimoine d'affectation Rép. Defrénois, 1984, I, 3 art. 33182; P. Serlosten, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, D. 1985, chr. 187; A. Sayag, De nouvelles structure pour l'entreprise, la loi n° 85- 697 du 11 juill. 1985. J.C.P. 85. I. 3217; J.J. Daigre, Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, J.C.P. 86.I.3225, et vo aussi du même auteur, la société unipersonnelle en droit français, R.I.D.C. 1990, 665; M. Th. Calais - Auloy, appréciation critique de la loi 11 juill. 1985 instituant L'E.U.R.L; D. 1986. chr. 249; J. Paillusseaux L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, J.C.P. 86. I. 3242; C. Ducouloux - Favard, Société d'un seul, Entreprise unipersonnelle, Gaz. Pal. 1990, Doctr. 577.

وانظر فى شركة الشخص الواحد ذات المسئولية المحدودة مؤلفنا فى نظرية الحق، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٥ ص ١٩٣.

- وقد أثيرت فكرة الذمة بالتخصيص أيضاً بمناسبة مشروع القانون بإدخال التصرف الائتمانى La fiducie فى القانون الفرنسى. فقد عرف هذا المشروع التصرف الائتمانى بأنه عقد ينتقل بمقتضاه مجموعة من الأموال Un masse de biens من ذمة المتصرف الائتمانى Constituant إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتمانى fiduciaire. ويحدد هذا العقد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتمانى على هذه الأموال. لكن بدلا من أن يدمج هذه الأموال فى ذمة المتصرف إليه الائتمانى، إحتفظ بها كمجموع مستقل بعيدا عن أيدى دائنيه الشخصيين، وبذلك يكون أنشأ ذمة بالتخصيص إنظر فى ذلك:

Ch. Larroumet, la fiducie inspiré du trust, D. 1990, chr. 119; Ch. Pisani, la fiducie, Rep. Not. 1990. I. 535 art. 34772; M. Grimaldi, la fiducie, réflexions sur l'institution et sur l'avant - projet de la loi qui la consacre, Rep. Not. 1991 I. 897, art. 35085 et 1991. I. 961, art. 35094; M. Cantin - Cumyn. L'avant - projet de loi relatif à la fiducie. un point de vue - civiliste d'outre - atlantique, D. 1992, Chr. 117.

وانظر فى تفصيل التصرف الائتمانى مؤلفنا فى الضمانات غير المسماة السابق الاشارة إليه ص ٢٩٥ وما بعدها.

الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التى اكتسبها مدينة بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغى أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم.

ولكن مما تجدر الاشارة إليه أن «مبدأ المساواة ما بين الدائنين فى التنفيذ على أموال المدين انما هى مساواة قانونية لا مساواة فعلية. فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه، فإذا بادر أحدهم إلى التنفيذ على مال المدين، كان لسائر الدائنين الحق فى مشاركته فى هذا التنفيذ ومقاسمة ما ينتج عنه مقاسمة الغرماء، لكن إذا كانت هذه المشاركة جائزة قانوناً، فقد تكون غير متيسرة فعلاً. ويرجع ذلك إلى أسباب كثيرة، فقد يكون الدائنون الآخرون غير عالمين بما يتخذه الدائن من اجراءات التنفيذ، وإذا علموا فقد تكون اجراءات التنفيذ قد وصلت إلى مرحلة لا تسمح لهم بالمشاركة الفعلية وإذا كانت إجراءات التنفيذ لم تصل إلى هذه المرحلة فقد يعوزهم سند قابل للتنفيذ يستطيعون بمقتضاه المشاركة الفعلية إذ قد تكون حقوقهم غير خالية من النزاع، أو هى خالية من النزاع ولكنها غير مستحقة الأداء، أو هى مستحقة الأداء ولكنها غير مقترنة بسند رسمى أو حكم قابل للتنفيذ تلك هى بعض وجوه انعدام المساواة بين الدائنين من الناحية الفعلية، وأن كانوا جميعا متساوين من الناحية القانونية كما قدمنا»[1].

٦- وسائل كفالة هذه المساواة:

ولكفالة مبدأ المساواة بين الدائن فى حق الضمان العام قد نظم المشرع المصرى شهر اعسار المدين (م ٢٤٦ إلى ٢٦٤ مدنى) وهذا النظام يهدف أساسا إلى حماية الدائن من مدين يسعى إلى ايثار بعض الدائنين على الآخرين إلا أن شهر الاعسار جوازى للقاضى وأن الإجراءات التى وضعها القانون لشهر الاعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء، فهى لا تدفع خطر الاعسار وان كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه. كما أن شهر الاعسار لا يحرم الدائن من اتخاذ اجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الاعسار المدنى والافلاس التجرى. ذلك أن الافلاس نظامى جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس. ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك، وهو وسيط بين التاجر المفلس

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٣٨٣، ص ٧٢٠.

ودائنيه. ولذلك لا يسمح لاحدهم بالسعى المنفرد. وعلى ذلك اكتفى المشرع بصدد الاعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل اعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طريق شهر الاعسار.

وقد ترتب على عدم فعالية نظام الاعسار ندرة تطبيقه فى الحياة العملية. ويعتبر قصور نظام الاعسار أحد الأسباب الرئيسية فى ضعف الائتمان المدنى وقصوره، وما ترتب على ذلك من ضياع لحقوق كثير من الدائنين. ولذلك عمدت الدول المتقدمة فى الوقت الحاضر إلى الالتجاء إلى نظام الافلاس المدنى[1]، وذلك لتدعيم الائتمان المدنى وتشجيعه على النحو الذى سوف نراه.

٣- أسباب الخروج عن هذه المساواة:

ان مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقا. فهناك أسباب للتقدم أو الافضلية نص عليها القانون وكما أن هناك مراكز متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم.

وأسباب التقدم التى نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فان هذا الدائن المزود بتأمين عينى لا يتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التاليين له فى المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده.

ومما تجدر الاشارة إليه فى هذا الصدد أن التأمينات العينية لا تلغى حق الضمان العام وانما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فان الدائن المزود بتأمين عينى يمكن باعتباره دائنا عادياً أن يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه فى هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين كما أن هذا المدين إذا لم يستوف كامل حقه من المال الذى تقرر عليه التأمين العينى لسبب أو لآخر استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ما يتبقى له.

أما بالنسبة للأسباب الأخرى، فان الدائن يبقى دائنا عاديا ولكنه يفلت من مزاحمة الدائنين الآخرين وذلك لوجوده فى مركز متميز خارج نطاق التأمينات العينية. وهذه المراكز المتميزة ليست مقصودة فى ذاتها لتحقيق ضمان معين للدائن، وانما يتواجد فيها الدائن مصادفة عند التنفيذ على أموال المدين ويستحيل بسببها مزاحمة الدائنين العاديين الآخرين له. ومن أمثلة هذه المراكز المتميزة، الحق فى الحبس، والمقاصة والدعوى المباشرة[2]. وسوف نتعرض لهذه الأنظمة تفصيلاً فيما بعد.

---

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للافلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

(٢) انظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص، منشأة المعارف ١٩٩١ (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٩٣) بصفة خاصة ص ١٣ وما بعدها.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لحق الضمان العام

إذا كان حق الضمان العام يجد مصدره فى العلاقة القانونية التى تربط بين الدائن ومدينه، أى حق الدائنية، فانه ينبغى مع ذلك ألا نخلط بينهما. كما ينبغى أن نفرق بين الضمان العام والضمان الخاص.

أولاً - حق الضمان العام وحق الدائنية:

فى الواقع أن حق الضمان العام ينشأ بمجرد نشوء الالتزام ودون حاجة إلى أى اجراء شكلى آخر. ويترتب على ذلك أن حق الضمان العام لا يتجسد فى الواقع إلا إذا لجأ الدائن إلى التنفيذ الجبرى على أموال مدينه. فحق الضمان العام ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسئولية الشخصية غير المحددة التى تقع على عاتق المدين، أى عن حق الدائن فى اقتضاء حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله.

ونتيجة لهذا الارتباط الدقيق بين حق الضمان العام وحق الدائنية فقد يبدو لأول وهلة أن حق الضمان العام ليس إلا جزء من حق الدائنية، أو أنه داخل فى تكوينه، ولذلك قد يبدو أن التنفيذ الجبرى الذى يرتكز عليه حق الضمان العام وكذلك التنفيذ الاختيارى ليسا إلا مرحلتين لنفس الشئ.

لكن هذا النظر لا يستقيم، بطبيعة الحال، إلا إذا ترتب على حق الضمان العام تنفيذ عين الالتزام. وذلك على اعتبار أن حق الضمان ليس إلا جزء من هذا الالتزام. لكن فى الواقع، الأمر على خلاف ذلك، فحق الضمان العام ليس إلا نتيجة لحق الدائنية، ليس إلا تعبيراً عن عنصر المسئولية الشخصية غير المحددة للمدين، فهو ينشأ عنه دون أن يختلط به، لأن ما يعطيه للدائن ليس دائماً ما كان ينتظره من أداء معين، لكن يعطيه فى بعض الأحيان مقابلاً مالياً لهذا الأداء. حتى فى حالة ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فإن ما يحصل عليه الدائن، عند عدم تنفيذ المدين طوعاً واختياراً وقيام الدائن بالتنفيذ على أمواله بمقتضى حقه فى الضمان العام، لا يتطابق مع ما كان ينتظره من أداء، خاصة فى حالة اذا ما زاحمه فى هذا التنفيذ باقى الدائنين.

فحق الضمان العام لا يخول للدائن إلا الحصول من أموال مدينه، على قيمة معادلة للفائدة، التى كان يمثلها له تنفيذ الأداء، الذى كان ينتظره. وبناء على ذلك يجب أن نفرق بين ما للدائن من حق فى أداء معين وحقه فى الرجوع على ذمة مدينه ليحصل على مقابل مالى لهذا الأداء. فحق الدائن فى أداء معين يجب ألا يختلط بالوسيلة القانونية التى وضعت تحت تصرفه لادراك هذا الحق وحمايته. فحق الضمان العام تابع لحق الدائنية، يكون فى النهاية ضامناً له، ولكن إذا كان

حق الضمان العام يشكل ضماناً بالنسبة لحق الدائنية فانه ينبغي ألا نخلط بينه وبين الضمان الخاص بالمعنى الفنى الدقيق.

ثانياً – الضمان العام والضمان الخاص:

حق الضمان العام يشكل النطاق العام لحماية الدائن العادى. ونعتبر هذه الحماية هى الحد الأدنى الذى كفله القانون للدائن العادى باعتباره دائن الشريعة العامة.

أما حق الضمان الخاص فهو حماية خاصة، أو تأمين خاص يحصل عليه الدائن بمقتضى اتفاق خاص مع مدينه، أو بمقتضى نص خاص فى القانون أو حكم من القضاء يقرره له.

والضمان الخاص أو التأمين الخاص ينقسم إلى تأمين شخصى وتأمين عينى. فى التأمين الشخصى يظل الدائن دائناً عادياً ولكن هذا التأمين يترجم فى الواقع بضم مدين أو أكثر إلى المدين الذى يراد ضمان دينه، فيكون أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من مدين واحد، وحقه فى الضمان العام يمتد بذلك إلى ذمتين فأكثر، فإذا أعسر أحدهم كان له فى يسار الآخرين ما يضمن له الوفاء بدينه. ويدخل فى هذا النوع من التأمينات الشخصية التضامن والتضامم وعدم القابلية للانقسام، والانابة الناقصة وسوف ندرس هذه الأنظمة خلال دراستنا لمقرر هذا العام، ولكن أهم صور هذه التأمينات هى الكفالة. وتدرس الكفالة فى مقرر القانون المدنى بالسنة الرابعة.

أما التأمين العينى فيتميز بتخصيص مال معين، أو مجموعة من الأموال لضمان الوفاء بحق الدائن. ويكون هذا الضمان فى صورة حق عينى على هذا المال، أو هذه الأموال، وبمقتضى هذا الحق يكون للدائن فضلاً عن حقه فى الضمان العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على شئ معين تمكنه من تتبع هذا الشئ فى أى يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفى حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين الآخرين.

وعلى ذلك فان المقارنة يجب أن تنعقد بين الضمان العام والتأمين العينى حيث أن قوام الخصوصية فى التأمين الشخصى هو أن للدائن العادى أن يرجع على الضمان العام لأكثر من مدين حتى يستوفى حقه.

فى الضمان العام فان مجموع أموال المدين هى التى تكون هذا الضمان، ويتعلق بهذا المجموع حقوق جميع الدائنين على قدم المساواة. وذلك بخلاف الأمر فى التأمين العينى الذى يتعلق بمال أو أموال معينة بالذات. بالاضافة إلى ذلك أنه فى بعض الأحيان يترتب على التأمين العينى حيازة الدائن للمال المخصص لضمان

دينه، وذلك بعكس الحال فى الضمان العام الذى لا يترتب عليه اى حيازة لاى مال من أموال المدين، ويترتب على ذلك أن للمدين سلطة التصرف فى أمواله طالما أن التنفيذ لم يباشر على هذه الأموال[1].

على العكس من حق الضمان العام فان التأمين العينى يعد حقاً عينياً تبعياً. وبناء على ذلك فان للدائن صاحب التأمين العينى أن يتمتع بكل خصائص الحق العينى التبعى. أى يكون له حق التقدم على سائر الدائنين عند توزيع ثمن العين المبيعة، كما له حق تتبع العين فى أى يد تكون ليباشر عليها حق فى الأفضلية أو التقدم بينما اعطاء حق التتبع للدائن العادى نتيجة لحقه فى الضمان العام غير متصور، لأن ذلك سيؤدى إلى شلل المعاملات والتجارة. حيث أن أموال المدين التى تكون موجودة فى ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة لاستعمال حق التتبع بالنسبة إلى جميع هذه الأموال. وسوف يؤدى هذا بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة وائتمان عن المدين وبالتالى حرمانه من حريته فى التصرف بل ومن أهليته[2].

وبالنسبة لحق التقدم فان الدائن العادى السابق لا يتمتع بأى أفضلية عن الدائن اللاحق وانما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين بما يتضمنه ذلك من خطر عدم استيفائهم لحقهم كاملاً إذا كانت قيمة الأموال المباعة لا تكفى لسداد كل ديونهم. أما بالنسبة للدائن الممتاز أى المزود بتأمين عينى، فانه غالباً ما يحتاط لذلك ويأخذ حقاً عينياً على مال قيمته تفوق قيمة دينه حتى إذا ما بيع هذا المال يستطيع استيفاء حقه كاملاً وبسهولة وبالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة.

حق الضمان العام يعبر اذن عن علاقة حق شخصى وليست علاقة حق عينى، لأنه إذا كان للدائن العادى حق على ذمة مدينه، أى مجموع أمواله، فانه فى الواقع حق على الذمة المالية باعتبارها تعبيراً عن الامتداد المالى للشخص، اذن فهو حق فى مواجهة الشخص نفسه[3]. وبناء على ذلك فان الضمان العام يترجم فكرة الائتمان الشخصى وذلك بالمقابلة بالائتمان العينى.

فى الائتمان الشخصى نجد أن انتباه صاحب رأس المال منصب على شخص المدين، أى على نشاطه الاقتصادى العام، الخاص والمستقبل أو على شخصية من يلجأ إلى الائتمان منظورا إليها من زاوية المهنة التى يمارسها وحالة

---

(١) A. Weill, F Terré, Op. Cit., No. 822.

(٢) B. Starck, Droit Civil, introduction. No. 180

(٣) انظر عكس ذلك

I. Derruppé la nature juridique du Droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, Toulouse, 1952, No 339 et s.

حيث استند إلى ما للدائن من سلطة على أموال مدينه ليقول أن هذا الحق حق عينى.

دمته المالية من حيث اليسار فالائتمان تقرر مباشرة وأساساً للشخص دون أى اعتبار آخر. لأنه ليس هناك ضمان لهذه الالتزامات سوى شخص المدين وذمته المالية دون تخصيص مال معين لضمان الدين كما أن الدائن يقنع بالوسائل العامة المخصصة لضمان تنفيذ التزاماته. على العكس من ذلك نجد فى **الائتمان العينى** أن ثقة صاحب رأس المال محكومة بما يأخذه فى اعتباره من أموال حالة للمدين مخصصة بصفة خاصة لضمان الوفاء بالتزامه، وحتى يتسنى له بسهولة استيفاء حقه بطريقة خاصة فعالة ومباشرة[1].

---

(١) إنظر فى تفصيل أكثر نبيل سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ٩٩٠،

المبحث الثاني
وسائل الحماية والضمان المقرر للدائن

ونقصد بذلك الوسائل التى قررها القانون لحماية الدائن العادى. وهذه الوسائل تمثل الحد الأدنى للحماية المقررة لأى دائن، أيا كانت صفته.

بعض هذه الوسائل مقررة للمحافظة على الضمان العام للدائنين كالدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية. والبعض الآخر مقرر للمحافظة على المساواة بين الدائنين، كالاعسار أو الافلاس المدنى.

كما أن هناك وسائل أخرى تلحق عادة بهذه الوسائل لما تعطيه للدائن العادى من حماية للحصول على حقه، بحيث أن هذا الضمان ينشأ كأثر لرابطة الالتزام حيث أن الدائن يبقى دائنا عاديا وان كان يفلت من مزاحمة باقى الدائنين. مثل ذلك الدعوى المباشرة والحق فى الحبس. فالضمان الذى تعطيه الدعوى المباشرة ينشأ نتيجة لوجود مجموعة من الروابط، أو مجموعة من العقود. كما أن الحق فى الحبس يعطى للدائن ضمانا فعليا نتيجة للمركز القانونى الذى تواجد فيه الدائن. هذه الضمانات غير مقصودة فى ذاتها، وذلك على خلاف التأمينات العينية أو الشخصية، وانما هى أثر المركز القانونى الذى تواجد فيه الدائن مصادفة. ومما يجدر الاشارة إليه أن هناك فارقا هاما بين الحق فى الحبس والدعوى المباشرة، وهو أن الحق فى الحبس مقرر كقاعدة عامة بينما الدعوى المباشرة لا تتقرر إلا بنص خاص[1].

وعلى ذلك سوف ندرس هذه الوسائل فى خمسة مطالب على التوالى:

- المطلب الأول: الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة.
- المطلب الثاني: الدعوى البوليصية.
- المطلب الثالث: دعوى الصورية.
- المطلب الرابع: الاعسار والافلاس المدنى.
- المطلب الخامس: الحق فى الحبس.

المطلب الأول
الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة

ولدراسة الدعوى غير المباشرة ينبغى علينا أن نعرض للتعريف بها، ثم ندرس نظامها القانونى، وأخيراً نعرض باختصار للدعوى المباشرة.

---

(١) إنظر فى تفصيل أكثر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة السابق الاشارة إليه ص ١٣ - ١٥ وبالنسبة للدعوى المباشرة ص ١٥ وما بعدها وبالنسبة للحق فى الحبس ص ٣٣ وما بعدها.

أولاً - التعريف بها:

ولنتعرف على الدعوى غير المباشرة يجب تحديد المقصود بها والغرض منها ثم الوقوف على طبيعتها وصفة الدائن فى مباشرتها.

١- المقصود بها والغرض منها

الدعوى غير المباشرة L'action oblique وسيلة قانونية تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين التى يقعد هذا الاخير عن استعماله أو المطالبة بها وذلك للمحافظة على الضمان العام.

وهذه الدعوى تهدف إلى المحافظة على الضمان العام من نتائج اهمال المدين فى استعمال ما له من حقوق أو دعاوى عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه وباسم مدينه هذه الحقوق والدعاوى. فقد يؤدى هذا الاهمال إلى حرمان الدائنين من التنفيذ على مال كان يدخل فى ضمانهم العام او أن المدين استعمل ما له من حق، ولا يكون فى أموال المدين الأخرى ما يكفى لسداد ديونه كاملة، فيصيب الدائنين ضرر من جراء هذا الاهمال. فمثلاً إذا كان للمدين حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه، وأهمل فى هذه المطالبة فيستطيع أحد دائنيه أن يقاضى باسمه، هذا الغير المسئول مطالباً إياه بالتعويض، فاذا حكم بهذا التعويض فانه يدخل فى ذمة المدين. وكذلك يستطيع دائن البائع أن يرفع دعوى على المشترى يطلب الزامه بالثمن أو الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء أو أن يرفع دائن الوارث دعوى يطلب فيها الحكم لمدينه بنصيبه فى الميراث.

وعلى ذلك يبين لنا أن لفظ «الدعوى» غير المباشرة يقصر عن الاحاطة بمظاهر استعمال الدائن لحقوق مدينه. إذ قد يوحى بأن استعمال حقوق المدين لا يكون إلا عن طريق رفع ما له من دعاوى باسمه فقط. وهذا غير صحيح حيث أن الدائن يستطيع أن يستعمل حق المدين بغير طريق الدعوى، كما لو قام الدائن بقيد رهن مقرر لضمان حق للمدين قبل الغير م بتسجيل عقد اشترى به مدينه عقاراً، حتى تنتقل ملكية هذا العقار إلى المدين فيستطيع التنفيذ عله

أما وصف «غير المباشر» فهو وصف صحيح، لأن الدائن لا يستعمل حقوق مدينه باسمه الشخصى وانما باسم مدينه وبالنيابة عنه. كما أن الفائدة التى تنتج عن استعمال حق المدين لا تعود على الدائن إلا بطريق غير مباشر، حيث أن كل فائدة تنتج من استعمال هذه الدعوى تدخل الضمان العام ويستفيد منها جميع الدائنين، وهذا طبقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين ولهذه الاسباب وغيرها، كما سوف نرى، نجد أن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة محدد للغاية

٢ - طبيعتها وصفة الدائن في مباشرتها:

قد يبدو لأول وهلة من القول بأن الدعوى غير المباشرة تهدف إلى المحافظة على الضمان العام أنها تعد طريقاً أو اجراء تحفظياً لكن فى الحقيقة أن هذه الدعوى لا تقتصر على مجرد التحفظ على ذمة المدين بالحالة التى هى عليها، بل تهدف إلى المحافظة على الضمان العام كما يجب أن يكون لو أن المدين استعمل حقه بنفسه، ولذلك فانها ترمي إلى استعمال حق أو دعوى قصر المدين فى استعماله، بما قد يؤدى إلى اضافة مال جديد إلى أموال المدين.

كما أن هذه الدعوى لا تعتبر من الطرق التنفيذية لأنها لا تؤدى إلى استيفاء الدائن لحقه مباشرة، وانما تعمل على المحافظة على حقوق المدين من الاهمال تمهيداً للتنفيذ عليها بوسائل التنفيذ المعدة لذلك.

ولذلك فان الدعوى غير المباشرة تعد طريقاً وسطاً بين الطرق التخطيطية والطرق التنفيذية[1]. فهى أقوى من الطرق التحفظية إذ هى تمهيد للتنفيذ، وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه[2]. وهذه الطبيعة تنعكس تماماً على شروط هذه الدعوى وآثارها كما سوف نرى فيما بعد.

- صفة الدائن فى مباشرتها: أن الغاية التى رصدت الدعوى غير المباشرة من أجلها هى تحقيق مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام دون أن يصل الأمر إلى حد القضاء عى حرية المدين الشخصية[3] وقد طوع المشرع النيابة القانونية لادراك هذه الغاية. ولذلك نجد أن سلطة النائب، الدائن، محكومة بهذه الغاية، مما له اثره الواضح على آثار هذه الدعوى.

وإذا كان الدائن يباشر حقوق مدينه بالنيابة عنه (م ٢٣٦ مدنى) إلا ان هذه النيابة القانونية تخرج عن القواعد العامة من ناحيتين:

أولهما: أن هذه النيابة مقررة لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل حيث ان هذه الدعوى يقصد بها المحافظة على الضمان العام للدائنين. ثانيهما: ان المشرع اشترط ادخال الأصيل، أى المدين خصما فى الدعوى التى يباشرها الدائن نيابة عنه (م ٢٣٥/ ٢ مدنى)[4].

---

(١) السنهورى، الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٢٦، ص ٩٤٠، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة ٩ ص ١٣.
(٢) السنهورى، الوسيط جـ ٢، فقرة ٥٢٦، ص ٩٤٠.
(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٤.
(٤) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠ ص ١٤.

وهذه الغاية التي من أجلها رصدت الدعوى غير المباشرة، وكذلك النيابة القانونية كأداة لادراك هذه الغاية له انعكاسه الواضح على شروط هذه الدعوى وآثارها. كما أن ذلك قد ميزها عن الدعوى المباشرة على النحو الذي سوف نراه.

ثانياً - نظامها القانوني:

وفي هذا الصدد سنعرض لنطاقها ولشروطها ولآثارها حتى تتكامل أمامنا صورة الدعوى غير المباشرة.

١- نطاقها:

ونقصد من وراء ذلك تحديد ما يجوز استعماله من دعاوى وحقوق باسم المدين، وما لا يجوز استعماله من هذه الدعاوى والحقوق. وقد نصت المادة ١/٢٣٥ مدني على أنه «لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين: إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجر».

وعلى ضوء هذا النص يتحدد نطاق هذه الدعوى بالحقوق دون الرخص. وبالحقوق المالية، دون غيرها، لتعلقها بالضمان العام كما أن هذه الحقوق الأخيرة يجب ألا تكون متصلة بشخص المدين أو غير قابلة للحجز عليها. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أ - ما يجوز استعماله من حقوق ودعاوى باسم المدين وحدوده:

يتحدد مدى الحق المخول للدائن فى استعمال دعاوى مدينه وحقوقه بالغرض منه. هذا الغرض كما سبق أن رأينا هو حمايه الضمان العام بالمحافظة على ما سبق للمدين اكتسابه من حقوق، كقطع التقادم الحاصل ضد المدين أو تسجيل عقود شرائه، أو قيد رهن مقرر لمصلحته أو تجديد قيد الرهن، أو المطالبة بدين له خشى عليه من السقوط، أو الطعن فى الأحكام الصادرة ضده بكافة طرق الطعن وما إلى ذلك، وعلى ذلك يخرج عن هذا الغرض، المحافظة على الضمان العام، وبالتالى يخرج من سلطة الدائنين محاولة اكساب المدين حقوقاً جديدة ليست له عن طريق عقد تصرفات باسمه[1].

وكذلك لا يدخل فى سلطة الدائن مراقبة أعمال الادارة التى يباشرها المدين على أمواله. فلا يجوز للدائن الاعتراض على ادارة المدين لأمواله أو مباشرتها عنه، ولو كانت سيئة، لأنه لايقصد من الحق المخول للدائن فى استعمال حقوق مدينه، وضع هذا الأخير تحت وصايته ومسخ شخصيته[2].

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٠.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٩ ص ٢٠

وفيما عدا ذلك يجوز للدائن، كقاعدة عامة، أن يستعمل جميع حقوق ودعاوى مدينه التي تؤدى إلى المحافظة على الضمان العام، إلا ما استثنى منها. لكن يجب أن يلاحظ أن سلطة الدائن فى استعمال حقوق مدينه ليست من النظام العام فيصح الاتفاق بين الدائن والمدين على منع الدائن من مباشرة حق من الحقوق التى كان يجوز استعمالها، فللدائن أن ينزل عن هذا الحق[1].

ب - ما لا يجوز استعماله من حقوق ودعاوى باسم المدين:

سبق أن رأينا أن المشرع قد أخرج طائفة من الحقوق من مجال استعمال الدعوى غير المباشرة، وهى الحقوق غير القابلة للحجز عليها، والحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين خاصة. ويضاف إلى ذلك أيضاً أن استعمال الدعوى غير المباشرة قاصر على الحقوق دون الرخص. ولنر ذلك تفصيلاً.

١- الحقوق غير القابلة للحجز عليها: سبق أن قدمنا أن الغرض من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام وذلك باستعمال الحقوق أو الدعاوى التى يقعد المدين عن استعمالها تمهيداً للتنفيذ عليها. وعلى ذلك لا يجوز للدائن استعمال حق لا يدخل فى الضمان العام، والحقوق غير القابلة للحجز لا تدخل فى هذا الضمان، إذ لا سبيل للدائن للتنفيذ عليها على أى الأحوال، فلا جدوى من أن يستعملها الدائن باسم مدينه فلا يجوز للدائن مثلاً أن يطالب باسم مدينه بحق نفقة ما دام لا يستطيع التنفيذ على المبلغ المحكوم به.

٢- الحقوق والدعاوى المتصلة بشخص المدين خاصة: يخرج سلطه الدائن فى استعمال حقوق مدينه ما كان منها متصلاً بشخص هذا الأخير خاصة. وهذا الوصف ينطبق على نوعين من الحقوق.

- كافة الحقوق غير المالية، وعلة خروج هذه الحقوق هو عدم دخولها فى نطاق الضمان العام للدائنين إذ لا يشمل سوى الحقوق المالية وحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على هذا الضمان فانه يكون من غير المجدى استعمال هذه الحقوق. وحظر استعمال الحقوق غير المالية يعتبر حظراً مطلقا ينصرف إلى جميع هذه الحقوق ولو كان فى استعمالها ما يرتب آثاراً مالية، كالحق فى ثبوت النسب قد يؤدى استعماله إلى ثبوت الميراث وكالحق فى الطلاق يؤدى إلى انقطاع الالتزام بالنفقة على الزوجة. فهذه الحقوق، لا يجوز للدائن استعمالها باسم مدينه بل يكون لهذا المدين مطلق الحرية فى تقدير مناسبة استعمالها

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ١٢٠.

- الحقوق المالية التى يتوقف استعمالها على النظر فى اعتبارات أدبية لا يستطيع تقديرها سوى المدين وحده مثل ذلك حق الواهب فى أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى هبته لعذر مقبول (م ٥٠٠ مدنى)، وكحق المؤلف فى الحكم على صلاحية مؤلفه للنشر، وكحق المضرور فى اقتضاء تعويض عما أصابه من ضرر أدبى، ما لم يكن هناك اتفاق على مقدار التعويض أو مطالبة قضائية به، اذ ... ل الحق عن شخص المدين فى هذه الحالات ويجوز للدائن استعماله[1].

ويلاحظ أن اتصال الحق المالى بشخص المدين أمر لا يتعلق بالنظام العام بمعنى يجوز للمدين أن ينزل عن الحظر المقرر لمصلحته فى هذا الشأن وأن يترك الدائن يباشر دعوى متصلة بشخصه، كذلك يجوز للدائن أن ينزل مقدماً عن حقه فى مباشرة بعض الدعاوى ولو كانت غير متصلة بشخص المدين[2].

٣- الرخص المقررة للمدين: سبق أن رأينا أن الغاية التى رصدت من أجلها الدعوى غير المباشرة، تقوم على الموازنة بين حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام وعدم التدخل فى شئون المدين إلى حد القضاء على حريته الشخصية فى تصريف شئونه. ولذلك كان استعمال هذه الدعوى محكوماً بهذه الغاية وبالتالى يجب ألا يؤدى نظام الدعوى غير المباشرة إلى اخضاع المدين لنوع من الوصاية من جانب دائنيه

وبناء على ذلك يذهب الفقه إلى أن الرخص **Facultés** تخرج كمبدأ عام من نطاق الدعوى غير المباشرة، لأن استعمال هذه الرخص لا يقصد به المحافظة على الضمان العام، بل زيادة هذا الضمان بادخال حقوق جديدة فى ذمة المدين، وهذا أمر يتعلق بشخص المدين وحده ولا يجوز للدائن أن ينوب عنه فيه[3].

وكما هو واضح فانه يقصد بالرخصة الحق الذى يتوقف نشوؤه على اعلان ارادة من جانب المدين[4]. من ذلك مثلاً قبول ايجاب بيع أو مقايضة أو هبة، أو مطالبة بشفعة، أو استرداد حصة شائعة. ففى هذه الامثلة جميعاً لا يجوز للدائن استعمال هذه الرخص نيابة عن مدينه.

ولكن إذا أصبحت الرخصة حقا، كان للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه، ما دام أنه استوفى الشروط اللازمة، ولو كان ثبوت هذا الحق نهائياً فى ذمة المدين متوقفاً

---

(١) انظر فى أمثلة أخرى، اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ٦٢، ص ١٥٣.
(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٢٢.
(٣) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٢٠ وقارن اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٥٤ وما بعده.
(٤) عبد المنعم البدراوى المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٣٢.

على ارادته أو مشيئته. وهذا ما يسمى بالخيارات Options فالخيارات مشيئة تستند إلى حقوق سبق اكتسابها، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر الحق نهائياً أو يردها فيزول الحق منه. وفى هذا تفترق الخيارات عن الرخص فالخيار يفترض أن هناك حقاً نشأ، وانما يتعلق الخيار باستعمال الحق، لا بانشائه كما هو الحال فى الرخص حيث يتوقف نشوء الحق ذاته على ارادة الشخص[1]. وعلى ذلك فإن الخيارات لا يقصد بها اكساب المدين حقوقاً جديدة. بل تثبيت حقوق له فالوصية مثلاً ترتب أثرها دون حاجة إلى رضاء الموصى له، غير أن للموصى له بعد صدورها أن يقبلها فيثبت الحق له أو أن يردها فترد عنه. والاشتراط لمصلحة الغير يرتب الحق للمنتفع دون حاجة لقبوله، ولا يلزم القبول إلا لمنع نقض المشارطة، والأصل أنه لا يجوز للدائن أن ينوب عن مدينه فى استعمال الخيارات لأنها لا تهدف إلى انشاء حقوق جديدة، بل إلى تثبيت ما اكتسبه المدين منها. لكن إذا كان الخيار يقوم على اعتبارات أدبية لا يستطيع غير المدين تقديرها فانه يكون متعلقاً بشخص المدين خاصة ولا يجوز استعماله نيابة عنه»[2].

٢- شروطها

تنص المادة ٢/٢٣٥ على أنه «لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار، ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصماً فى الدعوى».

وعلى ضوء هذا النص نجد أن شروط هذه الدعوى تدور حول فكرتين اساسيتين، أهمال المدين فى استعماله لحقوقه، والمصلحة المشروعة للدائن فى حماية الضمان العام. وعلى ذلك نجد أن من هذه الشروط ما يتعلق بالمدين، ومنها ما يتعلق بالدائن.

أ - الشروط التى تتعلق بالمدين:

لا يجوز للدائن أن يستعمل حقاً للمدين إلا إذا كان هناك ما يبرر ذلك، أى إلا إذا توافرت له مصلحة فى ذلك ولا توجد هذه المصلحة إلا إذا توافر شرطان: ١- عدم استعمال المدين لحقه، ٢- عدم استعمال الحق من شأنه اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره - ويضاف إليهما شرط شكلى وهو ادخال المدين فى الدعوى.

١- عدم استعمال المدين لحقه: يشترط لاستعمال الدائن حق المدين أن يقعد هذا الأخير عن مباشرته. ويستوى أن يكون عدم استعمال المدين لحقه عن عمد أو عن اهمال من جانبه.

---

(١) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ١٢٣، ١٢٤.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، الفقرة ٢٠ ص ٢١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ١٢٤، وقارن اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦١ ص ١٥٤ هامش ٢.

وعلى ذلك إذا قام المدين بمباشرة حقه بنفسه، فلا يجوز للدائن بعد ذلك أن يتولاه عنه، عن طريق الدعوى غير المباشرة. لكن كل ما للدائن في هذه الحالة هو أن يتدخل خصماً في الدعوى ليراقب سير الإجراءات ليحول دون تواطؤ المدين أو تراخيه.

حتى بعد أن يكون الدائن قد باشر استعمال الحق بالنيابة عن المدين فان هذا الأخير يستطيع أن يستعمل حقه بنفسه، ويجب في هذه الحالة على الدائن أن يمتنع عن المضي في الإجراءات التي بدأها. وأن يترك أمر اتمامها للمدين، ولذلك يجب على الدائن ألا يبادر باستعمال الدعوى غير المباشرة بمجرد عدم استعمال المدين لحقه وانما يلزم أن يتحقق من احجام المدين عن استعمال هذا الحق. فإذا كان ما زال أمام المدين متسع من الوقت لمباشرة حقه، امتنع على الدائن التدخل.

٢- عدم استعمال الحق من شأنه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره:

سبق أن قلنا أن الغاية من الدعوى غير المباشرة هي حماية مصلحة الدائنين بالمحافظة على الضمان العام. ولذلك يتعين لمباشرة الدائن حق المدين، أن يكون في احجام المدين عن استعمال هذا الحق اضرار بمصلحة الدائن، بأن كان يؤدي إلى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره، مما يترتب عليه حرمان الدائن من الحصول على حقه كاملاً عند التنفيذ.

والمقصود بالاعسار هنا الاعسار الفعلي، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه، لا الاعسار القانوني الذي يستلزم حكماً بشهره طبقاً للمادة ٢٤٩ مدني وما بعدها. والعبرة، في تقدير هذا الاعسار، بكافة الديون ما استحق منها وما لم يستحق. فما دامت أموال المدين، لا تكفي للوفاء بديونه جميعاً فللدائن مصلحة مشروعة في أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة.

وعلى ذلك: إذا كان المدين موسراً، فلا يجوز للدائن الالتجاء إلى الدعوى غير المباشرة إذ لا يكون له مصلحة في استعمال حق المدين. فطالما أنه في استطاعته الحصول على حقه كاملاً بالتنفيذ على أموال المدين الأخرى فلن يصيبه ضرر من فوات الحق الذي لم يستعمله المدين.

وعبء اثبات اعسار المدين يقع على عاتق الدائن بصريح نص المادة ٢/٢٣٥ مدني.

٣- ادخال المدين خصماً في الدعوى: قد نصت المادة ٢/٢٣٥ مدني على أنه «لا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصماً في الدعوى».

وعلى ذلك لا يجوز للدائن أن يرفع الدعوى غير المباشرة دون أن يدخل المدين خصماً فيها وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، والنتيجة العملية لهذا الشرط هو أن الحكم الذى يصدر فى الدعوى يسرى فى حق المدين، ما دام قد أصبح طرفاً فى الدعوى

ويترتب على ادخال المدين فى الدعوى أحد أمرين: اما أن يتخذ المدين موقفاً سلبياً من الخصومة تاركاً للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه، واما أن يتخذ موقفاً ايجابياً فيعمد إلى مباشرة الدعوى بنفسه، وفى هذه الحالة الأخيرة على الدائن أن يمتنع عن المضى فى الاجراءات التى بدأها وأن يترك اتمامها للمدين، ويقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين.

ولا يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أن يعذر الدائن المدين ليثبت عليه تقصيره فى مباشرة حقه فقد استغنى المشرع بادخال المدين خصماً فى الدعوى عن اعذاره وذلك على اعتبار أن هذا الادخال أقوى من الاعذار [1] وقد نصت المادة ٢٣٥/ ٢ مدنى صراحة على عدم ضرورة الاعذار.

ب - الشروط التى تتعلق بالدائن:

قد نصت المادة ٢٣٥/١ مدنى على أنه «لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين،...».

وعلى ضوء هذا النص سوف نبحث الشروط الواجب توافرها فى الدائن لاستعمال الدعوى غير المباشرة.

١ - شرط وحيد: أن يكون للدائن حق موجود أى محقق (Certain)

فحيث أن الغاية من الدعوى غير المباشرة، هى مجرد المحافظة على الضمان العام فأنه يكون لكل دائن حق مباشرة هذه الدعوى ولكن يجب، على الاقل، أن يثبت لمن يستعملها صفة الدائنية، أى يكون له حق موجود أو محقق.

وعلى ذلك لا يجوز لمن كان حقه احتمالياً (eventuel) كحق الوارث قبل موت المورث، أو متنازعاً فيه (Litigieux) أن يباشر هذه الدعوى، حيث أن دائنيته لا تكون محققة

٢- **شروط استبعادية تأكيدية:** لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء أو معلوم المقدار أو ثابتاً فى سند تنفيذى. كما أنه لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله الدائن، أو أن يحصل الدائن على اذن من القضاء بحلوله محل المدين. ولنعرض باختصار لهذه الشروط.

---

(١) السنهورى الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٣٩، ص ٩٥٧.

لا يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وذلك طبقاً لصريح نص المادة ١/٢٣٥ مدنى. وعلى ذلك يستطيع الدائن تحت شرط واقف والدائن بدين مؤجل باستعمال الدعوى غير المباشرة.

- لا يشترط أن يكون حق الدائن معلوم المقدار، ما دام أنه حق ثابت ومؤكد. وعلى ذلك فالدائن الذى يكون حقه غير معلوم المقدار - كالمضرور من عمل غير مشروع - له مصلحة مشروعة فى استعمال حقوق مدينه.

- لا يشترط أن يكون حق الدائن ثابتاً فى سند تنفيذى، لأن الدعوى غير المباشرة وأن كانت تمهد للتنفيذ على أموال المدين إلا أنها ليست بذاتها اجراء من اجراءات التنفيذ.

- لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقاً على حق المدين الذى يستعمله بالدعوى غير المباشرة لأن الضمان العام مقرر للدائنين جميعا بصرف النظر عن تاريخ نشوء حقوقهم، وهو مقرر على أموال المدين جميعاً بصرف النظر عن تاريخ اكتسابها.

وهذا الشرط يبرز الفارق الهام بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية كما سوف ترى. حيث أنه فى الدعوى البوليصية يشترط أن يكون تصرف المدين الضار والذى يطعن فيه الدائن بهذه الدعوى لاحقاً على نشوء حق هذا الدائن.

- لا يشترط أن يستصدر الدائن اذناً من القضاء بحلوله محل المدين فى استعمال حقوقه، لأن نيابة الدائن عن المدين مقررة بحكم القانون (م ٢٣٦ مدنى).

يتضح من ذلك أن الشرط الوحيد الواجب توافره فى الدائن هو ان يكون حقه موجودا أى محققاً. فكل دائن توافر فى حقه هذا الشرط، مع توافر الشروط الأخرى لاستعمال الدعوى، يستطيع أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة، ويستوى فى ذلك الدائن العادى أو الدائن المزود بتأمين عينى

٣- آثارها

أن أهم ما يحكم آثار الدعوى غير المباشرة الغاية منها، المحافظة على الضمان العام، والأداة المستخدمة فى تحقيق هذه الغاية، النيابة القانونية. وهذا ما يعكسه نص المادة ٢٣٦ مدنى مصرى حيث تنص على أنه «يعتبر الدائن فى استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه»

وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نحدد آثار الدعوى غير المباشرة بالنسبة لكل من المدين، وهو الأصيل صاحب الحق، والخصم، أى مدين المدين، والدائن وهو النائب الذى يستعمل حق المدين، وبالنسبة لباقى الدائنين.

أ - بالنسبة للمدين: أن استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين عن هذا الحق. فالمدين يظل محتفظاً بحقه، ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات. فيجوز له أن ينقله إلى الغير، وأن يتصالح عليه مع الخصم، وأن يتنازل عنه. ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريق الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها.

كما أن لمدين المدين أن يفي بالدين للمدين، فيكون وفاؤه صحيحاً نافذاً رغم حصوله بعد قيام الدائن برفع الدعوى غير المباشرة[1].

ب - بالنسبة للخصم في الدعوى: يستطيع الخصم الذي يستعمل الدائن حق مدينه ضده أن يدفع في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المدين. فالدائن ليس إلا نائباً عن هذا المدين. فللخصم أن يدفع بجميع أسباب انقضاء الدين، التقادم، والوفاء والمقاصة، حتى ولو تم هذا الوفاء أو توافرت شروط هذه المقاصة بعد رفع الدعوى غير المباشرة، كما أن للخصم أن يتمسك بأوجه البطلان التي تشوب العقد. وذلك إذا كان الدائن يستند في مطالبته إلى عقد تم بين الخصم والمدين - فلا فرق اذن بالنسبة للخصم أن يكون المدين قد باشر حقه بنفسه، وبين أن يكون الدائن قد باشر هذا الحق نيابة عنه[2].

جـ - بالنسبة للدائن: فالدائن في استعماله لحق المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة يستعمله نيابة عن هذا المدين. ولذلك يستطيع أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطالبه به المدين بصرف النظر عن مقدار أو طبيعة أو مصدر حق الدائن قبل المدين. فالدائن لا يختص بما يقضى به وانما يدخل ذلك في الضمان العام للدائن على النحو الذي سوف نراه في الفقرة التالية.

د - بالنسبة لباقي الدائنين: فحيث أن الدائن نائب عن المدين في المطالبة بحقه، فان الحكم الذي يصدر في الدعوى غير المباشرة انما يصدر للمدين أو عليه. ولذلك ليس للدائن أن يطلب الحكم بالزام الخصم بتأدية ما هو ثابت في ذمته للمدين الى الدائن. فالدعوى غير المباشرة ليست وسيلة من وسائل التنفيذ وانما هي وسيلة للمحافظة على الضمان العام. فهي وسيلة للتمهيد للتنفيذ، فإذا أراد الدائن استيفاء حقه يقوم بعد ذلك باجراءات التنفيذ اللازمة.

وعلى ذلك فكل فائدة تنتج من استعمال حقوق المدين تدخل أمواله ضماناً لجميع دائنيه (م ٢٣٦ مدني) فإذا نجح الدائن في دعواه وصدر الحكم في

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٦٣، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، فقرة ١٠٩ ص ١٣٠.
(٢) السنهوري، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٥١، ص ٩٧٥

صالح المدين، فلن يقتصر الاستفادة منه على هذا الدائن وحده. فالحق انما يحكم به للمدين فيشمله الضمان العام المقرر لكافة الدائنين ولهم جميعاً أن يشتركوا فى التنفيذ عليه فيقسم بينهم قسمة غرماء دون أدنى محاباة للدائن رافع الدعوى.

وإذا خسر الدائن الدعوى فحكم لصالح الخصم، كان هذا الحكم حجة على المدين وبالتالى على سائر الدائنين. فالمدين قد اختصم حتماً فى الدعوى بشخصه، فيكون للخصم الذى صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بحجية الشئ المحكوم فيه إذا ما عاد المدين فرفع الدعوى ثانية بنفسه، أو جاء أحد الدائنين الآخرين فرفعها ثانية باسم المدين[1].

ثالثاً: الدعوى المباشرة

وفى هذا الصدد سنعرض باختصار لتعريف الدعوى المباشرة ثم نعقد المقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة، وأخيراً نعرض لبعض تطبيقات الدعوى المباشرة.

١ - التعريف بالدعوى المباشرة:

الدعوى المباشرة L'action directe وسيلة قانونية يقررها المشرع تسمح للدائن أن يسعى مباشرة باسمه شخصياً إلى مدين المدين ليسأله الوفاء بما هو مستحق فى ذمته للمدين.

هذه الوسيلة تهدف إلى تأمين الدائن بحمايته من خطر مزاحمة الدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، وذلك لان الدائن يستوفى حقه مباشرة دون أن يمر المبلغ المطلوب الوفاء به بذمة مدينه.

كما أنه يترتب على الدعوى المباشرة أن يمتنع على المدين أن يتصرف فى حقه قبل مدينه، كما أنه يمتنع على مدين المدين، من وقت انذاره، أن يوفى بهذا الحق لغير الدائن. ولذلك يصبح هذا الدائن فى مركز متميز عن باقى الدائنين. وهذا المركز المتميز ليس مقصوداً فى ذاته لتحقيق ضمان معين للدائن، حيث أن الدائن لا يسعى إلى ايجاد هذا المركز، وانما يتواجد فيه الدائن مصادفة، حيث يتصادف أن يكون هناك مدين لمدينه ثابت فى ذمته دين لهذا المدين، ويوجد نص قانونى يعطى للدائن فى هذه الحالة حق الرجوع مباشرة على مدين المدين[2].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٦٤ ص ١٦٦.

(٢) انظر فى تفصيل طبيعة هذه الدعوى، السنهورى، الوسيط، جزء ٢، فقرة ٥٦١، ص ٩٨٨ وما بعدها، وأستاذنا الدكتور جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٢٦٧ والذى يرد هذه الدعوى إلى فكرة الحلول الشخصى، ص ٢٧٠.

ويشترط لكي يستوفي الدائن حقه من مدين المدين أن يكون هذا الحق مستحق الاداء، ولا يكفي أن يكون خاليا من النزاع. كما أن الدائن في رجوعه على مدين المدين لا يستطيع أن يطلب بأكثر مما له في ذمة المدين، أي لا شأن له بما زاد في ذمة مدين المدين عن ذلك، وإذا تبين العكس بأن كان دينه أكبر مما على مدين المدين، رجع بالفرق على المدين[1]. والدعوى المباشرة عندما تكون ناشئة عن وجود مجموعة عقدية[2] (كعقد الايجار الاصلي وعقد الايجار من الباطن)، تعتبر خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد فهذه الدعوى تسمح للدائن، المؤجر في عقد الإيجار الاصلي، أن يطالب مباشرة مدين المدين، المستأجر من الباطن، بالرغم من أنه ليس طرفاً في هذا العقد، عقد الايجار من الباطن.

٢- مقارنة بين الدعوى غير المباشرة والدعوى المباشرة:

سبق أن رأينا أن الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على الضمان العام، وأن وسيلتها في ذلك النيابة القانونية على النحو السابق بيانه. ولذلك كانت فائدة هذه الدعوى محدودة للدائن، وبالتالي كان هناك ندرة في استعمالها لوجود وسائل أكثر منها فعالية وجدوى، كحجز ما للمدين لدى الغير. والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هل هناك تشابه في نظام الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة كما هو الشأن بالنسبة للتسمية؟

نستطيع أن نجيب على هذا السؤال بالنفي، بل يمكننا أن نؤكد أن الدعوى المباشرة تختلف عن الدعوى غير المباشرة في الهدف والوسيلة.

أ - النتائج المترتبة على اختلاف الهدف:

أولاً: الدعوى المباشرة لا تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، وانما إلى تأمين الدائن من مزاحمة باقي الدائنين، وبالتالي من تعرضه لقسمة الغرماء في استيفاء حقه.

ثانياً: لا شأن لاستعمال الدعوى المباشرة باعسار المدين أو الزيادة في اعساره، ولذلك فان هذه الدعوى تؤمن للدائن حماية أكيدة في الحصول على حقه. بينما الدعوى غير المباشرة لا تحقق للدائن إلا حماية متأخرة إذ لا يجوز للدائن أن يلجأ إليها إلا بعد اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ولذلك فان هذه الدعوى تهدف فقط إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال. فهي لا تحول دون وقوع الخطر وانما تهدف فقط إلى منع تفاقمه.

---

(١) أستاذنا الدكتور نور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨ ص ١٧٠

(٢) انظر في تفصيل أكثر:

J. Néret, Le sous contrat, Thèse Paris II, L.G.D.J, 1979, Préf. P. Catala, No. 534 et S.

ثالثاً: ان هذه الدعوى تعد **خروجاً عن مبدأ المساواة** بين الدائنين لما تمنحه للدائن من مركز متميز، فهي تقرب من حق الامتياز، ولذلك لا تثبت للدائن إلا بنص تشريعي خاص.

ب - النتائج المترتبة على اختلاف الوسيلة:

أولاً: ان وسيلة هذا السعي المباشر لدى مدين المدين ليست النيابة القانونية، وانما هذا السعي يتم مباشرة باسم الدائن شخصياً لا باسم المدين.

ثانياً: ان ثمرة هذا السعي المباشر ينفرد بها الدائن دون أن يشاركه فيها أحد.

٣- تطبيقات للدعوى المباشرة:

من الثابت أن المشرع المصري، وكذلك المشرع الفرنسي لم يعرض للدعوى المباشر بنص عام، بل اكتفى بتقريرها في حالات معينة وردت بشأنها نصوص خاصة، وسنشير باختصار إلى بعض هذه الحالات:

أ - في عقد الايجار، نصت المادة ٥٩٦ مدني على أنه «يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الاصلي وقت أن ينذره».

ب - في عقد المقاولة: نصت المادة ٦٦٢ مدني على أنه « يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل».

جـ - في الوكالة: يجوز للموكل أن يرجع مباشرة على نائب الوكيل، ولنائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل (م ٧٠٨ مدني).

٤- أحكام الدعوى المباشرة وأنواعها[١]:

كل الدعاوى المباشرة لها أثر واحد وهو تسهيل وضمان الوفاء بالالتزام، وذلك إستثناء من القاعدة الواردة في نص المادة ١/١٤٥ مدني مصري (م ١١٦ مدني فرنسي) والمتعلقة بمبدأ نسبية أثر العقد، والتي تقضي بأن العقد لا يكون سارياً إلا في حق أطرافه، فلا يتعدى أثره إلى الغير. فالمدعي في الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من

---

(١) تنظر في تفصيل ذلك نبيل سعد. الضمانات غير المسماه، في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٢١ وما بعدها (هذا الكتاب حائز على جائزة الدولة التشجيعية عام ١٩٩٣).

الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين) فالأصل أن يرجع الدائن على مدينه وهذا الأخير يرجع بدوره على مدينه هو. فمثلاً ينبغي على المؤجر أن يرجع على المستأجر الأصلي، وهذا الأخير يستطيع أن يرجع بدوره على المستأجر من الباطن. لكن الدعوى المباشرة خروجاً على هذا الأصل سمحت للمؤجر أن يرجع مباشرة على المستأجر من الباطن بالرغم أنه لا توجد بينهما أى علاقة قانونية وإنما لمجرد أنه مدين مدينه.

كما هو واضح إذن فان الدعوى المباشرة تنشئ رابطة التزام مباشرة بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل respectivement بنفس الشخص، وهو المدين الأصلي، وإنشاء مثل هذه الرابطة أمر ممكن حيث أن حق المدعى فى الدعوى المباشرة والتزام المدعى عليه لهما نفس المحل وهو مبلغ من النقود. ولذلك تعتبر الدعوى المباشرة من هذه الناحية طريقاً من طرق الوفاء البسيطه.

إستعمال هذه الدعوى محدود، فى جميع الأحوال، بحدين:

أولاً: لا يستطيع صاحب الدعوى أن يباشرها إلا فى حدود ما هو مستحق له فى ذمة مدينه.

ثانياً: أن مدين المدين غير ملزم فى مواجهة الدائن إلا فى حدود ما هو مستحق فى ذمته للمدين.

ووقت تقدير حق الدائن والتزام مدين المدين يختلف من دعوى إلى أخرى.

فى الواقع إن تطور الدعاوى المباشرة المرتبطة بوجود تعاقد من الباطن، أو بصفة عامة المتعلقة بمجموعة من العقود، يثير كثيراً من التردد. هذه الدعاوى تسمح لشخص أن يحتج بالآثار الملزمة للاتفاق على شخص من الغير. وعلى ذلك يمكن أن ينظر إليها على أنها ظاهرة إستثنائية أو على العكس ينظر إليها على أنها علامة على وجود علاقات تعاقدية بين أعضاء المجموعة من العقود على سبيل التوسع. المسلك الأول يعبر عن الاتجاه التقليدى والذى يرى أن الدعوى المباشرة طريق من طرق الوفاء البسيط مقترن بامتياز فى صالح المقرر له هذه الدعوى. ولذلك فهى تتميز عن الدعوى غير المباشرة من حيث أن المدعى فيها يختص بثمرة هذه الدعوى على سبيل الاستئثار ودون أن تدخل فى ذمة مدينه، الدائن المتعاقد. لكن هذه الدعوى لا توجد إلا طبقاً لنص فى القانون، وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بدفع مبلغ من النقود.

المسلك الثانى يعبر عن إتجاه حديث فى الفقه يرى فى الدعوى المباشرة علامة على نشوء علاقات تعاقدية مباشرة بين أطراف العقد الرئيسى والعقد المبرم من الباطن. وبالتالى فان الدعوى المباشرة يمكن أن يكون محلها ليس دفع مبلغ من النقود فحسب وإنما أيضاً تنفيذ العقد ذاته بالرغم من أن المدعى ليس طرفاً فيه.

فتبعيته لمجموعة عقدية تدور حول موضوع وهدف واحد تكفى لتنزع عنه صفة الغير. هذا الرأى لم يتأكد فى القانون الوضعى الفرنسى. فبعد أن أعلنته الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية فى شكل مبدأ عام أدانته محكمة النقض الفرنسية مجتمعه فى هيئتها العامة فى ١٩٩١/٧/١٢.

– الدعوى المباشرة التامة والدعوى المباشرة الناقصة: هناك بعض من الدعاوى المباشرة تعتبر أكثر فعالية من غيرها لأنها تعطى للدائن حقاً خاصاً قاصراً عليه droit exclusif، ينصب على ما هو مستحق للمدين فى مواجهة مدين المدين بحيث أن هذا الأخير لا يستطيع أن يبرئ ذمته إلا بالوفاء بين يد الدائن صاحب الدعوى المباشرة كما أن المدين الأصلى لا يستطيع أن يتصرف فى هذا الحق، وليس للدائنين الآخرين أى حق عليه. من هذه الزاوية تنقسم الدعاوى المباشرة إلى دعاوى مباشرة تامة ودعاوى مباشرة ناقصة. ويعتبر الوقت الذى يتحقق فيه ذلك للدائن هو الفيصل بين هذين النوعين.

– الدعاوى المباشرة التامة: وتعتبر هذه الدعاوى كامله أو تامه Parfaites لأنها أكثر فعالية منذ نشأتها. فحق المدين فى مواجهة مدين المدين قد خصص للوفاء بحق الدائن. فأثر هذا التخصص، أو التجميد لا يتوقف على ممارسة هذه الدعوى. ومن أمثلة ذلك الدعوى المباشرة للمضرور قبل المؤمن لديه بصدد المسئوليه المدنية.

– الدعاوى المباشرة الناقصة: وهذه الدعاوى هى الأكثر عدداً، مثال ذلك دعوى المقاول من الباطن، ودعوى المؤجر، ودعوى مؤجر السفينه، هذه الدعاوى تعتبر ناقصة imparfaites لأن تعلق حق الدائن بما هو مستحق لدى مدين المدين لا يتحقق إلا من الوقت الذى يباشر فيه الدائن دعواه المباشرة. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فان ما هو مستحق للمدين فى مواجهة مدينه يبقى قائماً فى ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء. فالأمر يتعلق إذن بدعوى هشه حيث أن فعاليتها تعتمد فى المقام الأول على سرعة وخفة الدائن بعد ما يصبح حقه مستحق الاداء (انظر م ١/٥٩٦ مدنى مصرى) ومع ذلك فان القانون قد يحمى صاحب الدعو المباشرة من الاجراءات أو الاتفاقات التى يكون من شأنها إحباط فعالية هذه الدعو قبل أن تمارس (م ٢/٥٩٦ مدنى مصرى، ٦٦٢ مدنى مصرى).

بعض الفقهاء يرى فى الدعاوى المباشرة بنوعيها طريقاً من طرق التنفيذ مقترنة بامتياز، مما يعطيها، من حيث المبدأ طابعاً استثنائياً. ومع ذلك يذهب البعض الآخر إلى أن الدعاوى المباشرة الناقصة تعتبر مرتبطة بوجود مجموعة عقدية، وبالتالى تعتبر نتيجة حتمية لها بطريق التوسع، أما الدعاوى المباشرة التامة وهى ذات أصل قانونى، فهى وحدها تعتبر استثنائية.

المطلب الثاني

الدعوى البوليصية "L'action Paulienne"

قد يخطو المدين إلى الامام خطوة أخرى في سبيل الاضرار بدائنيه، فانه لا يقف عند الاهمال في استعمال حقوقه، وانما قد يلجأ إلى الغش بابرامه تصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها ضمانه العام، مثل أن يهب إلى الغير مالاً من أمواله، أو أن يبيع بعض أمواله بثمن بخس. لذلك تدخل المشرع ليحمي الدائنين من هذه التصرفات عن طريق دعوى تسمى بالدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرفات والتي وردت أحكامها في المواد ٢٣٧ وما بعدها من التقنين المدني. لذلك يجب أن نعرض للتعريف بها، ثم لنظامها القانوني.

أولاً – التعريف بها:

وفي هذا الصدد سنعرض لتحديد الهدف منها وأداة المشرع في تحقيق هذا الهدف، ثم نقف بعد ذلك عل طبيعة هذه الدعوى، وأخيراً نعقد مقارنة بينها وبين الدعوى غير المباشرة.

أ – الهدف منها وأداة تحقيقه: إذا كان القاسم المشترك الاعظم بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً في الموقف الذي تواجهه كلاً منهما. ففي حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبي للمدين من شأنه أن يضر بدائنيه، فان الدعوى البوليصية تواجه موقفاً ايجابياً – ذلك أن المدين لا يقتصر على مجرد عدم استعمال حقوقه، بل قد يتعدى ذلك إلى القيام بتصرفات حقيقية يضعف بمقتضاها الضمان العام للدائنين.

ونتيجة لاختلاف طبيعة المواقف التي تواجهها كلاً من الدعويين فقد اختلفت الاداة القانونية المستعملة في كل منهما. فحيث أنه في الدعوى غير المباشرة كان الأمر قاصراً على مجرد اهمال المدين في استعمال حقوقه مما وجد في النيابة القانونية للدائن على المدين في استعمال هذه الحقوق ما يكفي لادراك الهدف النهائي، وهو المحافظة على الضمان العام. بينما في الدعوى البوليصية كان الأمر أكثر خطورة مما اضطر المشرع إلى الالتجاء إلى أداة قانونية أكثر فعالية، فلجأ إلى تقرير عدم نفاذ التصرفات الضارة في حق الدائنين، ليصل بذلك إلى تحقيق الغرض النهائي من هذه الوسيلة، وهو المحافظة على الضمان العام.

ومجرد تنظيم المشرع للدعوى البوليصية يعتبر في ذاته، من الناحيه الاجتماعية ذو قيمة تهديدية، يردع المدين عن العبث بأمواله، ليجعل منها احتياطياً خفياً بعيداً عن أيدى دائنيه، مما يجعل لهذا التنظيم طابعاً وقائياً.

ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني، وهي تسمى بالدعوى البوليصية نسبة إلى بريتور مشكوك فيه يدعى «بول» وقد نظمها التقنين الفرنسى فى المادة ١١٦٧ بأن اقتصر على وضع المبدأ. وقد ساهم فى تحديد نظام هذه الدعوى كل من التقاليد والقضاء الفرنسى. والفارق الضخم بين التنظيم الحالى للدعوة البوليصية وتنظيمها فى القانون الرومانى أن أصبحت هذه دعوى فردية، ولم تعد كما كانت جزء من تصفية جماعية لأموال المدين المعسر[١]. وقد عنى المشرع المصرى فى التقنين الحالى بتنظيم تفصيلى لهذه الدعوى، فخصص لها سبع مواد من المادة ٢٣٧ إلى المادة ٢٤٣ من التقنين المدنى. كما يلاحظ أن المشرع المصرى استحدث تعديلات هامة سواء فيما يتعلق بشروط الدعوى أو فى الآثار التى تترتب عليها[٢]. كما سنرى ذلك تفصيلاً فيما بعد.

ب - طبيعتها: استقر الفقه فى كل من مصر وفرنسا[٣] على أن الدعوى البوليصية تعتبر وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم نفاذ تصرف مدينه[٤].

فهذه الدعوى ليست دعوى بطلان، كما أنها ليست دعوى مسئولية وانما هى دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها فى تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين[٥].

جـ - مقارنة بين الدعوى البوليصية والدعوى عير المباشرة:

- تشترك الدعويان فى الهدف النهائى وهو المحافظة على الضمان العام، ولذلك كان شرط اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره شرطاً ضرورياً فى كل من

---

(١) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 646 P. 458.

(٢) انظر: السنهورى، الوسيط، جـ ٢، فقرة ٥٦٨، ص ٩٩٩.

(٣) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 635 P. 464.

(٤) فى فرنسا أثر الحكم بعدم النفاذ قاصر على الدائن رافع الدعوى دون باقى الدائنين ما لم يكن المدين فى حالة افلاس، انظر
Ph. Malaurie, L. Aynès, Op. Cit., No. 653 p.464.

(٥) انظر: السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٦٧ ص ٩٩٩، ٩٩٧، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٠ ص ١٨٨، ١٨٩، أنور سلطان المرجع السابق، فقرة ٩٣ ص ٥٦ وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١١٦، ص ٢٥ وما بعدها، محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، فقرة ٤٠٤ ص ٧٦١، جلال العدوى، المرجع السابق، ص ١٦٦.

الدعويين. ولذلك فان الحماية التى تحققها هاتين الدعويين تكون حماية متأخرة فهما يهدفان فقط إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وانما يهدفان إلى منع تفاقمه.

• **ومع ذلك فان الدعوى البوليصية اكثر خطورة من الدعوى غير المباشرة إذ هى تؤدى إلى تعطيل آثار تصرف جدى عقده المدين، فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبى، وهو اهمال المدين فى استعمال حقوقه.**

• **كما أن الدعوى البوليصية أبعد أثراً من الدعوى غير المباشرة إذ هى تمس مصلحة شخص آخر غير المدين وهو المتصرف إليه.**

– **وقد يترتب على ذلك أن شروط الدعوى البوليصية أكثر تشدداً من شروط الدعوى غير المباشرة.** فنجد أن الدعوى البوليصية تقتضى أن يكون حق الدائن **مستحق الاداء وسابقاً على تصرف المدين**، بينما الدعوى غير المباشرة تكتفى بأن يكون حق الدائن محقق الوجود حتى يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه. علاوة على ذلك يشترط فى الدعوى البوليصية، إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة، أن يكون المدين قد ارتكب غشاً وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش فى حين أنه لا يشترط فى الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين، إذا لم يستعمل حقه، قد قصد الاضرار بدائنيه.

ثانياً – نظامها القانونى:

ونقصد بذلك تحديد مجال هذه الدعوى، ثم نعرض بعد ذلك لشروطها لنقف عقب ذلك على آثارها، وأخيراً نعرف كيف تتقادم هذه الدعوى.

١ – فى مجالها

ونقصد بذلك تحديد التصرفات التى يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولتحديد هذه التصرفات هناك شروط معينة يجب توافرها فى كل تصرف يريد الدائن أن يطعن فيه بهذه الدعوى، ونستطيع أن نجمل هذه الشروط فى ثلاثة، **أولاً، أن يكون التصرف تصرفاً قانونياً، ثانياً، أن يكون هذا التصرف مفقراً، وثالثاً، أن يؤدى هذا** التصرف إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

(١) أن يكون تصرفاً قانونياً: فكل تصرف قانونى يصدر من المدين يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت باقى الشروط ويستوى أن يكون هذا التصرف تصرفاً قانونياً من جانبين (عقداً) أو تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، كنزول عن حق عينى (انتفاع أو ارتفاق) أو نزول عن وصية صادرة لصالحه،

أو نزول عن اشتراط لمصلحته، أو ابرائه مديناً له. ويستوى أن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة، كالهبة والبيع، والمقايضة، والوفاء بمقابل، والشركة والصلح.

ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن بالدعوى البوليصية فى اعمال المدين المادية، فمثلاً إذا تسبب المدين، عمداً أو اهمالاً فى الاضرار بالغير بعمل غير مشروع والتزم بالتعويض، مما أدى إلى اعساره، فلا يجوز مع ذلك للدائن أن يطعن فى هذا العمل لانه عمل مادى.

وكذلك إذا ترك المدين عيناً مملوكة له فى يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم، فانه لا يتصور أن يطعن الدائن فى هذا العمل المادى السلبى بالدعوى البوليصية. لكن يجوز للدائن قبل تمام مدة التقادم أن يستعمل حق المدين فى قطع التقادم بالدعوى غير المباشرة.

وقــد نظم المشرع صورة خاصة للدعوى البوليصية ، التدخل في القسمة وقد نصت المادة ٨٤٢ من التقنين المدني على صورة هذا الطعن(١) .

(٢) أن يكون التصرف مفقراً: ويتحقق ذلك فى حالتين طبقاً لنص المادة ٢٣٧ مدنى. الحالة الأولى: إذا أنقص التصرف من حقوق المدين، كأن يهب المدين عيناً مملوكاً له، أو أن أبرأ مديناً من حق له فى ذمته. ففى المثال الأول قد أنقص المدين من حقوقه إذا تبرع بحق عينى، وفى المثال الثانى قد أنقص المدين من حقوقه حقاً شخصياً، الحالة الثانية: إذا زاد التصرف فى التزامات المدين، كأن يشترى عينا بثمن يزيد كثيراً عن قيمتها، أو أن يقترض فيلتزم برد ما أقترضه، أو أن يتعهد بالانفاق على شخص لا تلزمه نفقته قانوناً.

وهذا التحديد للمقصود بالتصرف المفقر قد استحدثه التقنين المدنى المصرى الحالى (م ٢٣٧ مدنى)، حيث أن التصوير التقليدى لهذا الشرط يذهب إلى أن تصرف المدين لا يعتبر مفقراً إلا اذا كان من شأنه انقاص حقوقه فقط دون التصرفات التى يكون من شأنها زيادة التزاماته، وهذا التحديد يعتبر تحديداً قاصراً حيث أن المدين يستطيع الاضرار بدائنيه عن طريق زيادة التزاماته ويخون ما أعطاه القانون من الحماية للدائنين باليمين قد سلبه منه بالشمال(٢).

---

(١) انظر نبيل سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة المعارف ٢٠٠٢ ص ١٧٠ وما بعدها .

(٢) انظــر فــي عرض انتقادي لهذا التحديد التقليدي ، السنهوري ، الوسيط جـ ٢ فقرة ٥٧٧ ص ١٠١٣ وما بعدها .

لكن ما هو الموقف بالنسبة لامتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته، هل يدخل فى نطاق الدعوى البوليصية على اعتبار أنها مقررة للمحافظة على الضمان العام؟؟

من المقرر أن امتناع المدين عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته لا يدخل فى معنى المحافظة على الضمان العام. وبناء على ذلك لا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفات المدين التى من شأنها عدم زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته. فلو رفض المدين هبة عرضت عليه فلا يجوز لدائنيه الطعن فى هذا الرفض حيث أن هذا الرفض لا يترتب عليه تجريده من حق كان داخلاً فى ضمانه العام وبالتالى لا يعتبر عملاً مفقراً - وكذلك الحال فى رفض انقاص الالتزامات، حيث أنه ليس من شأن ذلك الرفض أن يسوء حالته. وقد كان من مقتضى هذا الحكم أنه لا يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى نزول المدين عن حق فى التمسك بالتقادم، سواء كان تقادماً مكسباً أو مسقطاً، لان ذلك يعد من قبل الامتناع عن زيادة حقوقه أو انقاص التزاماته وليس ذلك بالتصرف المفقر لكن المشرع رأى أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت ولذا قرر فى المادة ٢/٣٨٨ مدنى أن النزول عن التقادم المسقط لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر اضرار بهم، وأخذ بنفس الحكم فى المادة ٩٧٣ بالنسبة إلى التقادم المكسب[1].

(٣) أن يؤدى التصرف إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره:

- لا يقصد بالاعسار فى الدعوى البوليصية الاعسار القانونى وانما يكفى الاعسار الفعلى الذى يتمثل فى زيادة ديون المدين على حقوقه - وعلى ذلك يجوز للدائن أن يطعن فى تصرفات المدين بالدعوى البوليصية، ما دامت أمواله لا تكفى للوفاء بديونه جميعاً، سواء كانت مستحقة الاداء أو غير مستحقة.

- ويشترط للطعن بالدعوى البوليصية فى التصرف أن يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدى إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، أى يشترط أن يكون التصرف هو الذى تسبب فى اعسار المدين، أو فى زيادة اعساره ان كان معسراً من قبل. أما إذا بقى المدين موسراً رغم التصرف المفقر ثم طرأ بعد ذلك ما جعله معسراً، فلا يجوز الطعن بالدعوى البوليصية فى هذا التصرف.

ويلاحظ أن مجرد اعسار المدين لا يقيد حريته فى التصرف، فإذا تصرف المدين تصرفاً بعوض كاف بحيث لم يكن هذا التصرف سبباً فى زيادة اعساره فان التصرف

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٧٩ ص ١٠١٩، ١٠٢٠. وانظر أيضاً أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٩ ص ٤٤، ٤٥. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٨، ص ٥٩٨.

لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية[1] وعلى العكس من ذلك قد يكون التصرف معاوضة ومع ذلك يؤدى إلى اعسار المدين أو زيادة اعساره، ولذلك يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية. مثال ذلك أن يبيع المدين عينا له بثمن بخس أو يبيع عيناً له لاخفاء ثمنها عن دائنيه، أو يشترى عيناً من آخر مع محاباة المشترى في الثمن[2]

- والاصل أنه على الدائن، وهو المدعى أن يثبت اعسار المدين وقد كان من مقتضى ذلك أن يثبت مقدار مـ في ذمـة مدينـه من ديون ومقدار ما لديه من أموال لكى يصل إلى عدم كفاية أموال المدين لسداد ديونه، إلا أن المشـرع، تيسيراً على الدائن، قد اكتفى منه باثبات ما في ذمة مدينه من ديون. فان فعل، قامت قرينة قانونية قابلة لاثبات العكس على أن المدين معسراً. وبذلك يكون على المدين أن يثبت أنه غير معسر، أى أن له من الاموال ما يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها (م ٢٣٩ مدنى)، فإذا فشل في ذلك اعتبر معسراً.

شروطها

الاصل أن للمدين حرية التصرف وأن تصرفاته نافذة في حق دائنيه، لكن قد يقدم المدين على بعض التصرفات قصد الاضرار بدائنيه، لذلك وضع المشرع وسيلة قانونية، الدعوى البوليصية، تخول الدائنين الحق في الطعن في هذه التصرفات وطلب الحكم بعدم نفاذها، ولكى يستعمل الدائن هذه الوسيلة الخطيرة ينبغى أن يكون هناك ما يبرر ذلك. ولذلك نجد أن المشرع قد أحاط استعمال هذه الوسيلة بشروط متشددة تتعلق بكل من الدائن والمدين تتناسب مع ما يترتب على استخدام هذه الوسيلة من أثر. ولنر هذه الشروط بشئ من التفصيل.

١ - الشروط المتعلقة بالدائن:

يستطيع أى دائن أيا كان مصدر دينه، وأيا كان محل حقه ان يستعمل الدعوى البوليصية إذا توافرت ثلاثة شروط، أن يكون حقه مستحق الاداء، وأن يكون التصرف ضاراً بالدائن، وأن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه. ولنعرض لهذه الشروط بالتفصيل:

أولاً: أن يكون حق الدائن مستحق الاداء: وفى ذلك تختلف الدعوى البوليصية عن الدعوى غير المباشرة - ويرجع هذا الفرق إلى أن الدعوى البوليصية أبعد أثرا من الدعوى غير المباشرة، حيث أنها تتضمن تدخلاً أبعد مدى

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٥٨٦ ص ١٠٢٩

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٥٢ ص ٤٦، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧٠، ص ١٧٣.

فى شئون المدين. فالدعوى البوليصية يستعملها الدائن باسمه لا باسم المدين ويقصد من ورائها الطعن فى تصرف جدى صادر من المدين ليحصل على حكم بعدم نفاذه، فى حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر فقط على أن تخول للدائن أن يستعمل باسم مدينه حقاً من حقوق ذلك المدين، قد أهمل فى استعماله.

وبناء على ذلك لا يكون لدائن بحق مؤجل لم يحل بعد أجل استحقاقه أن يستعمل الدعوى البوليصية، ومن باب أولى يكون الأمر كذلك إذا كان حق الدائن معلقاً على شرط واقف لم يتحقق بعد، أو كان متنازعاً عليه.

ثانياً: أن يكون التصرف ضاراً بالدائن: إذا كان الهدف الثانى من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام، إلا أن هدفها المباشر هو الطعن فى تصرف جدى للمدين وذلك للحصول على حكم بعدم نفاذه. لذلك يجب أن يكون هناك مبرر قوى للالتجاء إلى هذه الدعوى. ومن هنا اشترط المشرع أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائن لانه إذا لم يكن كذلك انعدمت مصلحته فى رفع الدعوى.

والتصرف لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن فى استيفاء حقه - وعلى ذلك فلا تقبل الدعوى البوليصية إذا كان المال محل التصرف مما لا يجوز الحجز عليه، أو كان مستغرقاً بحقوق عينيه مقررة للغير. وكذلك لا يجوز للدائن الطعن فى تصرف مدينه إذا تعلق بحق متصل بشخصه، كما لو تنازل عن حقه فى الرجوع فى الهبة، أو تنازل عن حقه فى التعويض عن ضرر أدبى مثلاً. وذلك يرجع إلى أنه لو بقى الحق للمدين ولم يتنازل عنه فان الدائن لا يستطيع أن يستعمله بالدعوى غير المباشرة وبالتالى فلم يصبه ضرر من جراء هذا التنازل .

• ويترتب على ذلك أن الدائن لا يستطيع الاستمرار فى الدعوى إذا انتفى شرط الضرر، كأن يستوفى الدائن حقه من المدين أو من المتصرف إليه، أو إذا قام الاخير بإيداع ثمن المثل فى خزانة المحكمة (م ٢٤١ مدنى).

ثالثاً - أن يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه:

- وهذا الشرط مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالشرط السابق، حيث أن تصرف المدين لا يكون ضاراً بالدائن إلا إذا ورد على مال اعتمد عليه الدائن فى استيفاء حقه، وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون حق الدائن سابقاً على تصرف المدين، إذ لو كان تصرف المدين هو السابق على نشوء حق الدائن لم يكن من المتصور أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن من جرائه، إذا هو لم يكن دائناً عند انعقاده، ولا محل للقول عندئذ أن التصرف قد أضعف ضمانه العام.

- ومع ذلك يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف المدين ولو كان سابقاً على نشوء حقه، إذا كان المدين قد عقد هذا التصرف بقصد الاضرار بحق هذا الدائن المستقبل، مثال ذلك أن يبيع المدين أو يهب بعض ماله فى وقت يسعى فيه لعقد قرض ويتم القرض بعد اتمام البيع أو الهبة، بالدعوى البوليصية رغم أن تصرف المدين سابق على نشوء حق الدائن وذلك إذا كان المقصود من التصرف هو ابعاد الشئ المبيع أو الموهوب عن متناول يد الدائن عند نشوء حقه وذلك إذا توافرت الشروط الاخرى.

- وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون حق هذا الدائن سابقاً فى الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه،فإن العبره فى ذلك هى بتاريخ نشوء حق الدائن لا تاريخ أستحقاقه، فيكفى أن يكون الحق موجوداً قبل التصرف لكى يستطيع الدائن أن يطعن فيه بالدعوى البوليصية عند استحقاق أدائه.وعلى ذلك فإذا كان حق الدائن قد نشأ قبل تصرف المدين،ولكنه كان مقترناً بأجل واقف،جاز للدائن أن يطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية بمجرد حلول الأجل،ولو لم يحل الأجل إلا فى تاريخ لاحق لتاريخ إنعقاد التصرف.وكذلك الحال بالنسبة للألتزام المعلق على شرط واقف .

- أما بالنسبة لتصرف المدين فان العبرة بتاريخ انعقاده لا بتاريخ شهره إذا كان من التصرفات الواجبة الشهر. وعلى ذلك إذا كان المدين قد تصرف ببيع عقار له، فان الدعوى البوليصية لا تقبل إلا إذا كان حق الدائن سابقاً على انعقاد البيع لا تسجيله. ولذلك فان الدعوى البوليصية لا تقبل إذا كان إنعقاد البيع ذاته سابقاً على حق الدائن حتى ولو لم يسجل البيع إلا بعد نشوء حق الدائن.

- ويقع على الدائن الطاعن عبء اثبات وجود حقه قبل تصرف المدين طبقاً للقواعد العامة. فإذا كان مصدر حق الدائن واقعة قانونية فانه يكون له اثبات تاريخ نشوء حقه بكافة طرق الاثبات. أما إذا كان مصدر حق الدائن تصرفاً قانونياً فهل يشترط أن يكون لسند الدائن تاريخ ثابت؟؟ لم يرد فى التقنين المدنى المصرى ما يفيد وجوب هذا الشرط، بل بالعكس جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن «المشروع قد آثر اغفال هذا الشرط اقتداء بالمشروع الفرنسى الايطالى، ولا سيما أن القضاء المصرى قد جرى على ذلك. والواقع أن الدائن يفاجأ فى أغلب الاحيان بالتصرف الضار، دون أن يكون قد احتاط من قبل له باثبات تاريخ الدين»[1] وعلى ذلك يكون التاريخ العرفى لسند الدائن حجة على المتصرف إليه، وان كان لهذا الاخير أن يقيم الدليل، بكافة طرق الاثبات على أنه قد تم بالتواطؤ مع المدين للاضرار به.

---

(١) الاعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٦٣٢.

كما أنه لا يشترط في التصرف المطعون فيه أن يكون له تاريخ ثابت. خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا التاريخ وبناء على ذلك يكون التاريخ العرفي لتصرف المدين حجة على الدائن، وان كان له أن يثبت ان هذا التاريخ قد قدم عمدا لحرمانه من الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية. ويكون ذلك بكافة طرق الاثبات

صور خاصة بالتصرف الضار قد نصت المادة ٢٤٢ مدني على صورتين يعتبر تصرف المدين فيهما ضارا بغيره من الدائنين، لما يستتبعه من افتقار بالنسبة إليهم مما يجيز الالتجاء إلى الدعوى البوليصية، الصورة الأولى تتمثل في أن يلجأ المدين إلى توفير سبب من أسباب التقدم لأحد الدائنين لم يكن له وقت نشوء دينه، والصورة الثانية تتمثل في أن يوفي المدين أحد دائنيه دون غيره من الدائنين، ولنعرض ذلك بشيء من التفصيل

الصورة الأولى: إذا هيأ المدين المعسر لأحد دائنيه، دون حق، سببا من أسباب التقدم على الباقين لم يكن له وقت نشوء دينه، بأن يرهن له مثلاً مالاً من أمواله، رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً، فتصرفه على هذا النحو يكون قابلاً للطعن فيه بالدعوى البوليصية (م ٢٤٢/ مدني). فإذا كان تقرير هذا الضمان الخاص قد تم لقاء مقابل حصل عليه المدين، بأن مد الدائن له في أجل الدين أو منحه أجلاً جديداً، أو حط عنه جزء من الدين، اعتبر التصرف من قبيل المعاوضات، ووجب اثبات التواطؤ بين المدين والدائن المتصرف إليه. وإذا كان الدائن لم يؤد مقابلاً لما قرر له من ضمان خاص كان تصرف المدين تبرعاً وبالتالي لا يلزم اثبات الغش. ويترتب على الطعن في هذا التصرف بالدعوى البوليصية حرمان الدائن المتصرف إليه من الميزة التي قررها له المدين.

الصورة الثانية: إذا آثر المدين أحد دائنيه بوفائه حقه دون الباقين قبل الاجل الذي عين أصلاً للوفاء، كان وفاؤه بمثابة التبرع فلا يسري في حقه باقي الدائنين. ويتعين على الدائن أن يرد ما تسلمه من المدين لكي يقتسمه الدائنون جميعاً مع بقية أموال المدين قسمة غرماء. ولا يشترط لذلك اثبات أن الوفاء كان منطوياً على غش. أما إذا كان الوفاء قد تم عند حلول أجل الدين فانه يأخذ حكم المعاوضات، ويشترط لامكان الطعن فيه بالدعوى البوليصية توافر التواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه (م ٢/٢٤٢).

٢- الشروط المتعلقة بالمدين والمتصرف إليه:

يشترط في هذا الصدد أن يكون هناك تواطؤ بين المدين والمتصرف إليه إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة. لكن قد تتعقد الامور أكثر ويتصرف

المتصرف إليه إلى شخص آخر، فما هو مركز هذا الشخص، أى ما هو مركز خلف المتصرف إليه. ولنبحث هاتين النقطتين على التوالى:

أولاً – الغش فى المعاوضات: تنص المادة ١/٢٣٨ مدنى على أنه «إذا كان تصرف المدين بعوض اشتراط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على غش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر».

– وبالنسبة للمدين، فان المقصود بالغش أن تتوافر لدى هذا المدين نية الاضرار بالدائن، ولكن لما كان الغالب أن المدين، إذ يقدم على تصرف يعلم أنه سيسبب أعساره أو زيادة اعساره، انما يريد بذلك الاضرار بدائنيه فقد عمد المشرع، تخفيفاً على الدائن، إلى الاخذ بأمارة الغالب، فجعل من مجرد علم المدين باعساره قرينة على توافر الغش[1] وعلى ذلك يكفى أن يثبت الدائن أن التصرف قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر حتى يعتبر التصرف منطوياً على الغش على أن هذه القرينة ليست بقاطعة إذ يجوز اثبات عكسها، فيجوز للمدين أن ينفى دلالتها بأن يثبت أنه رغم علمه بالاعسار لم يقصد بتصرفه الاضرار بدائنيه، كما لو أثبت أنه قصد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التى تقتضيها مهنته، أو أنه أقدم على التصرف بالرغم من علمه باعساره، لاعتقاده أن هذا الاعسار مؤقت سيزول فى المستقبل بسبب هذا التصرف ذاته الذى كان يرمى به إلى تزويج أعماله.

– ولا يكفى غش المدين، بل يجب أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش. وذلك ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية للغير حسن النية. على أن المشرع كما يسر على الدائن غش المدين، كذلك يسر عليه اثبات علم المتصرف إليه بغش المدين، فان اكتفى منه فى اثبات هذا العلم، باقامة الدليل على علم من صدر له التصرف باعسار المدين (م ١/٢٣٨ مدنى) فإذا اقام الدليل على ذلك، توافرت القرينة القانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين. على أن هذه القرينة ليست قاطعة إذ يجوز للمتصرف إليه أن يثبت أنه بالرغم من علمه باعسار المدين إلا أنه كان حسن النية يجهل أن المدين يقصد الاضرار بدائنيه، كما لو كان التصرف الصادر إليه من المدين تصرفاً عادياً تقتضيه أعمال مهنته[2].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٧١، ص ١٧٥.
(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٥٤، ص ٤٩.

أما إذا كان التصرف تبرعاً، فهو لا ينفذ فى حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً (م ٢٣٨/ ٢ مدنى) والحكمة فى هذه التفرقة بين المعاوضات والتبرعات واضحة، إذ ليس من المقبول أن ينفذ تبرع المدين فى حق دائنيه فى الوقت الذى ليس لديه فيه ما يكفى لسداد ديونه. كما أن حسن نية المدين لا يغير من الامر شيئاً. علاوة على ذلك فالتفاضل هنا يكون بين الدائن والمتبرع له، وهذا الاخير قد تلقى الحق بدون مقابل، وعدم نفاذ التبرع فى حق الدائن يراد به أن يدفع عنه الضرر الذى سببه التبرع، بينما لا يترتب على ذلك بالنسبة للمتبرع له سوى تفويت منفعة تلقاها بغير مقابل، فدفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، ولا يغير من الامر شيئاً أن يكون المتبرع حسن النية.

ثانياً – مركز خلف المتصرف إليه: وهذا يتعلق بحالة ما إذا كان المتصرف إليه قد تلقى حقاً عن المدين، فصار خلفاً لهذا المدين فى حصوص هذا المال، ثم تصرف فيه بدوره إلى شخص آخر، هذا الشخص يعتبر خلفاً للمتصرف إليه، أى خلف الخلف، والسؤال الآن هل يستطيع الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف فى مواجهة الخلف الثانى؟؟ وإذا كان هذا جائزاً فما هى الشروط؟».

فى هذه الحالة يجب تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف، وعلى ذلك يجب تعزيز حماية الدائن عن طريق تمكينه من ملاحقة التصرفات التى يعقدها المتصرف إليه، أى خلف المدين أيضاً. وفى المقابل، يجب بسط الحماية على خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف، وخاصة إذا كان حسن النية وكان التصرف الصادر إليه معاوضة. وقد راعى المشرع هذه الاعتبارات جميعاً – فنصت المادة ٣/٢٣٨ مدنى على أنه «إذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشئ من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، ان كان المدين قد تصرف بعوض أو كان هذا الخلف الثانى يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول ان كان المدين قد تصرف له تبرعاً».

• ومما تجدر الاشارة إليه أن هذه المشكلة لا تثور من أساسها إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه نافذاً فى حق الدائن، إذ فى هذه الحالة لن يستطيع الدائن أن يطعن بعد ذلك فى التصرفات اللاحقة. ويتحقق ذلك إذا كان المتصرف إليه، خلف المدين، قد تلقى حقه معاوضة وكان حسن النية.

• أما إذا كان التصرف الأول الصادر من المدين إلى المتصرف إليه غير نافذ فى حق الدائن (تبرع أو معاوضة تنطوى على غش المدين وعلم المتصرف

إليه بذلك) فانه استكمالاً لحماية الدائن يجب تمكينه من الطعن في التصرفات التي بعقدها المتصرف إليه، خلف المدين، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

ولمعرفة مركز خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان التصرف الثانى، أى الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، تبرعا، فان موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف الأول، أى التصرف الصادر من المدين إلى المتصرف إليه، فيما إذا كان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة: (١) فإذا كان هذا التصرف تبرعاً كذلك يستطيع الدائن أن يطعن فى التصرف الثانى ودون أن يشترط الغش فى جانب أحد. (٢) أما إذا كان هذا التصرف معاوضة، فلكى يطعن الدائن فى التصرف الثانى يشترط أن يكون التصرف الأول منطوياً على غش من المدين وأن يكون خلفه على علم بهذا الغش، ولا يشترط شئ فى جانب خلف المتصرف إليه أى خلف الخلف لتلقى حقه بدون مقابل.

الفرض الثانى: إذا كان التصرف الثانى أى الصادر من المتصرف إليه، خلف المدين، معاوضة، فان موقف الدائن من هذا التصرف يتحدد وفقاً لطبيعة التصرف الأول، أى التصرف الصادر من المدين إلى التصرف إليه، فيما إذا كان هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة: (١) فإذا كان هذا التصرف تبرعاً فلا يشترط علم المدين ولا علم المتصرف إليه بهذا الغش، ولكنه يشترط علم خلف المتصرف إليه، أى خلف الخلف بأن المدين كان معسراً وقت تصرفه للمتصرف إليه (م ٢٣٨/ ٢ مدنى) إذ يجب حماية خلف الخلف حسن النية ما دام قد تلقى حقه معاوضة. (٢) أما إذا كان هذا التصرف معاوضة كذلك، فيشترط أن يكون منطوياً على غش من جانب المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش، ويجب علاوة على ذلك أن يكون خلف المتصرف إليه، خلف الخلف، عالما بغش المدين وبعلم المتصرف إليه بهذا الغش.

جـ - آثارها

تنحصر آثار الدعوى البوليصية فى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن وباقى الدائنين الذى هم فى نفس مركزه، أى الذين صدر التصرف اضراراً بهم ويترتب على ذلك أن تصرف المطعون فيه بالدعوى البوليصية لايبطل بل يظل صحيحاً بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

١- آثارها بالنسبة للدائن الطاعن ولباقى الدائنين

- عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن وباقى الدائنين الذين فى نفس مركزه:

إذا توافرت الشروط السابقة للدعوى البوليصية، ولم يستوف الدائن حقه بعد رفعها ولم يقم المتصرف إليه بايداع ثمن المثل فى خزانة المحكمة طبقاً لنص المادة ٢٤١ مدنى، حكمت المحكمة بعدم نفاذ المتصرف. والسؤال الذى يطرح نفسه الآن هل هذا الحكم يقتصر أثره على الدائن الذى رفع الدعوى أم أنه يستفاد منه باقى الدائنين؟ وإذا كان الامر كذلك فإلى أى حد وطبقاً لأى شروط؟

فى القانون الفرنسى تهدف الدعوى البوليصية إلى حماية الدائن من غش مدينه. وفى هذا ما يفسر الأثر الفردى المحض لهذه الدعوى، وهو عدم نفاذ التصرف المطعون فيه إلا بالنسبة للدائن الذى باشرها. كما أنه لا يستفاد من ثمرة هذه الدعوى إلا هذا الدائن. وعلى ذلك فان الدائن الذى استحصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف لا يتحمل مزاحمة سائر الدائنين له فى المال موضوع التصرف المطعون فيه[١]. وعلى العكس هذه الدعوى تفيد جميع الدائنين عند ممارستها فى حالة افلاس المدين وذلك عملاً بمبدأ المساواة بين الدائنين[٢].

فى التقنين المدنى المصرى الحالى، الهدف من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام. وهذا يتفق مع الاتجاه العام الذى توخاه المشرع عندما نظم الاعسار وضيق من حق الاختصاص[٣]. وعلى ذلك إذا عمد الدائن الذى حصل على الحكم بعدم نفاذ التصرف إلى اتخاذ اجراءات تنفيذية على الحق الذى عاد إلى الضمان العام، كان لكل دائن استوفى شروط الدعوى البوليصية بالنسبة إلى هذا الحق أن يتدخل فى اجراءات التنفيذ فيشارك الدائن الأول مشاركة غرماء، بل قد يتقدم عليه إذا كان له حق عينى يخوله هذا التقدم. وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين، ولا يتقدم أحد على آخر لمجرد أنه بادر إلى رفع الدعوى البوليصية قبله، بل لا يكون التقدم إلا لسبب يوجبه قانوناً[٤]

---

(١) وقد كان هذا هو نفس الحكم فى التقنين المدنى السابق، انظر السنهورى الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٢ ص ١٠٦٢.

(٢) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Les obligation, Op. Cit., No. 653 P. 464.

(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢، ص ٦٢٤ - وبذلك تكون الدعوى البوليصية قد استعادت بعضاً من صبغتها الرومانية، حيث كانت فى القانون الرومانى دعوى جماعية يرفعها ممثل الدائنين وتعود فائدتها على الجميع. أما التقنين المصرى الحالى قد أخذ بحل وسط وهو أن الدعوى البوليصية لا تزال دعوى فردية ولكن فائدتها تعم جميع الدائنين - وقد سبق إلى ذلك كل من التقنينين المدنى البرتغالى فى المادة ١٠٤٤، والتقنين البرازيلى فى المادة ١١٣ (انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤).

(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٢ ص ١٠٦٣.

وهذا ما قررته المادة ٢٤٠ مدنى بنصها على أنه «متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضراراً بهم»[1].

ومقتضى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية هو عدم الحاق الضرر بهم وكذلك عدم افادتهم منه. لانه لا يعقل أن يتمسكوا فى نفس الوقت بعدم نفاذ التصرف فيما يرتبه من التزام وبنفاذه فيما ينشأ عنه من حق لهم.

- وتطبيقاً لذلك إذا كان التصرف الذى تقرر عدم نفاذه يتضمن إنقاصاً لحق من حقوق المدين، كبيع أو هبة أو ابراء، فان هذا الحق لا يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذى توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية التنفيذ عليه. ويترتب على ذلك ان المال المتصرف فيه لا يعتبر فى ضمان دائنى المتصرف إليه، وبالتالى يمتنع عليهم أن يشاركوا دائنى المتصرف فى هذا التنفيذ. ومع ذلك إذا كان محل التصرف مبلغاً من النقود مسلماً إلى المتصرف إليه، أو ديناً أبرئ منه، فلا مناص من أن يتعرض دائنو المتصرف، فى تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائنى المتصرف إليه، لانه فى مثل هذه الحالات لا يطالب دائنو المتصرف بشئ معين بالذات وانما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على جميع أموال المتصرف إليه وهى ضمان دائنيه.

كما انه إذا قام المدين بتقرير رهن أو ارتفاق على مال له فان الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية ينفذون على هذا المال خالصا من هذا الحق العيني الذي تقرر للغير .

وبالمثل إذا كان التصرف الذي تقرر عدم نفاذه يتضمن إنشاء التزام جديد في ذمة المدين ، كما لو اشترى عينا أو اقترض مالا ، فأصبح بذلك مديناً بالثمن أو بمبلغ القرض فان البائع أو المقرض ، لا يعتبر دائنا بالنسبة للدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية ، وبالتالي لا يستطيع مزاحمتهم في التنفيذ على أموال المدين . وإذا كان المدين قد وفى له بالتزامه ، فان الوفاء لا ينفذ في حقهم ويجب عليه رد ما قبضه .

---

(١) انظر ما أثير من مناقشات حادة حول هذه القاعدة فى لجنة مجلس الشيوخ، مجموعة الاعمال التحضيرية، جـ ٢ ص ٦٢٢ وما بعدها.

و فـــي مقـــابل ذلـــك فـــي كلتا الحالتين يمتنع على الدائن الطاعن و الدائنين الذين توافـــرت فيهـــم شـــروط الدعوى البوليصية الاستفادة من ذلك التصرف فإذا كان التصرف شراءً حكم بعدم نفاذه فإنه لا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه . وإذا كـــان بيعـــا و لم يدفع المشترى الثمن فلا يجوز مطالبته به . و إذا كان قد دفعه و اســـتفاد منه الدائنون بان اوفى المدين به بعض ما عليه من ديون وجب عند التنفيذ عـــلى العين المبيعة بوصفها ما زالت في ملك البائع مراعاة مقدار ما استفادوا منه واســـتنزاله مـــن الـــثمن الذي يرسو به المزاد . أما إذا لم يترتب على تصرفات المديـــن أيـــة فائدة لهم ، كان إذا اخفى المدين الثمن الذي قبضه ، وهو الغالب كان لهم أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها .

٢- آثارها بالنسبة إلى المدين والمتصرف إليه

بقاء التصرف صحيحاً فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه:

سبق أن قلنا أن الهدف من الدعوى البوليصية هو المحافظة على الضمان العام وتأكيد مبدأ المساواة فيما بين الدائنين فى حق الضمان العام، ووسيلتها فى ذلك هى عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية. وعلى ذلك لا يترتب على الدعوى البوليصية ابطال التصرف وانما يبقى صحيحاً فى العلاقة بين المدين والمتصرف إليه، حيث أنه استجمع أركانه وشروط صحته بالنسبة لطرفيه. وإذا كان قد قصد من ابرامه الاضرار بالدائن أو غيره من الدائنين فالجزاء المناسب لذلك هو عدم نفاذه فى حقهم لا ابطاله.

وعلى ذلك فان التصرف المطعون فيه يكون غير نافذ فى حق الدائن الطاعن والدائنين الذين توافرت فيهم شروط الدعوى البوليصية وصحيحاً نافذاً فيما بين الطرفين، المدين والمتصرف إليه.

وتطبيقاً لذلك، إذا كان التصرف بيعاً مثلاً ظلت العين مملوكة للمشترى طبقاً لمبدأ قيام التصرف فيما بين الطرفين، بحيث إذا بقى منها أو من ثمنها شئ، بعد أن يستوفى دائنو المدين البائع، الذين يتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية حقوقهم، طبقاً لمبدأ عدم اغفال التصرف، كان الباقى من حق المشترى لا المدين البائع. كما يلزم المشترى فى المقابل بتنفيذ جميع التزاماته

لكن صحة هذا التصرف ونفاذه بين الطرفين لا ينسينا عدم نفاذه فى حق الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية. ولذلك فا التوفيق بين هذين المبدأين قد يقتضى الرجوع إلى القواعد العامة.

وعلى ذلك فإذا كان التصرف بيعا، فان مقتضى صحته ونفاذه بين المتعاقدين، المدين البائع والمشترى، أن يكون من حق المشترى قبل البائع أن تخلص له ملكية العين المبيعة، ولا تخلص له هذه الملكية إلا بعد أن يستوفى الدائن الطاعن والدائنين الذين تتوافر فيهم شروط الدعوى البوليصية حقوقهم من العين طبقاً لمبدأ عدم نفاذ التصرف وتفادى هذا التعارض يقتضى تطبيق القواعد العام فيرجع المشترى على المدين البائع بضمان الاستحقاق، أو بطلب فسخ البيع.

كما أن للمشترى أن يرجع على المدين البائع بما استوفاه الدائنين، حيث أن ذلك قد حصل من ماله، فيرجع بدعوى الاثراء بلا سبب، شأن كل شخص وفى دينا عن الغير[1].

د - تقادمها

نصت المادة ٢٣٤ مدنى على أنه «تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرفات بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. وتسقط فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف».

والعلة فى النص على مدة الثلاث سنوات هى أن الدعوى البوليصية تجعل مصير التصرف غير مستقر، ولذلك لم يرد المشرع أن يترك الامر إلى القاعدة العامة فى التقادم الطويل وحدها. وعلى ذلك فان الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين:

١- بمضى ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به، بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه فى حقه. فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أنه من شأنه أن يسبب اعسار المدين أو أنه منطو على غش إذا كان معاوضة، ولذلك لا تبدأ مدة الثلاث سنوات إلا من وقت علمه بذلك. وعلى ذلك إذ سقطت الدعوى بالنسبة لأحد الدائنين إمتنع عليه مشاركة الباقين فى التنفيذ على المال محل التصرف، إذا تمسكوا بذلك فى مواجهته.

٢- بمضى خمسة عشرة سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف وذلك بالنسبة لجميع الدائنين، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو سبب عدم نفاذه إلا فى وقت متأخر.

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٠٦ ص ١٠٦٩.

المطلب الثالث

دعوى الصورية

تمهيد:

- تجاوز أهداف دعوى الصورية المحافظة على الضمان العام:

إذا كان هناك اجماع فى الفقه على دراسة أحكام الصورية بصدد دراسة وسائل المحافظة على الضمان العام للدائنين[1] إلا أن هذا لا ينبغى أن يخفى هنا حقيقة هامة، وهو أن الغرض من الصورية لا يقف فقط عند حد الاضرار بالدائنين، وانما تتجاوز ذلك إلى تحقيق أغراض أخرى غير الاضرار بالدائنين، كأن يكون القصد منها التهرب أو التحايل على أحكام القانون.

ولذلك نجد أن المشرع قد أجاز للدائن أن يلجأ إلى دعوى الصورية ليهدم بكافة طرق الاثبات الأوضاع الظاهرة التي يصطنعها المدين ويكون من شأنها ايهام الغير بخروج بعض الاموال من ذمته كذبا وذلك للمحافظة على الضمان العام للدائنين.

بالاضافة إلى ذلك نجد أن المشرع قد أعطى، بصفة عامة لكل ذى مصلحة أن يطعن في التصرفات الصورية بدعوى الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاما أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

خطة الدراسة: على ضوء ما تقدم سوف ندرس أولا دعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن، ثم نعرض ثانياً، للنظرية العامة فى الصورية.

أولاً : دعوى الصورية كوسيلة لحماية الدائن

وهنا يجب أن نقف على الهدف النهائى لدعوى الصورية وكذلك الوسيلة القانونية التى لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف ثم نعقد بعد ذلك المقارنة بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

١- الهدف والاداة:

الهدف النهائى لدعوى الصورية فى هذا المجال هو المحافظة على الضمان العام للدائنين. وهى فى ذلك تتفق مع الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة.

والوسيلة القانونية التى لجأ إليها المشرع لتحقيق هذا الهدف هو الاعتداد بحقيقة ما اتفق عليه الطرفان لا بالتصرف المصطنع أو المظهر الكاذب الذى أخفى

---

(١) انظر مع ذلك الفقه الفرنسى، حيث تدرس الصورية بصدد دراسة آثار العقد وقوته الملزمة،
- J. Flour, et J. L. Aubert, les obligation, V. I, l'acte juridique 1975, No. 377, p. 297, Ph. Malaurie, L. Aynès Op. Cit., No 412, p. 282 et S.

تحت ستارة حقيقة الواقع للاضرار بالدائنين. ولذلك فقد أتاح المشرع للدائن اثبات صورية تصرف المدين بكافة طرق الاثبات. فإذا أثبت الدائن صورية التصرف فان لبقية الدائنين، دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم الاستفادة من الحكم الصادر بصورية التصرف فيكون لهم جميعاً التنفيذ على العين محل التصرف إذ هى فى الحقيقة لم تخرج من ملك المدين أى لازالت فى ضمانهم العام[1].

والصورة العملية لاضرار المدين بدائنيه هو أن يلجأ فى سبيل تهريب أمواله عن متناول يد دائنيه إلى التصرف فيها تصرفاً صورياً لا وجود له فى الحقيقة. فمثلاً قد يلجأ المدين إلى بيع عين مملوكة له بيعاً صورياً. ففى الحقيقة هذا البيع لا وجود له لان المدين لم يتخل عن ملكية المبيع لانه يحتفظ فى مواجهة المشترى الظاهر بما يسمى عادة بورقة الضد، وذلك لاثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له وأنه ليس إلا تصرفاً صورياً. وبناء على ذلك فان افتقار المدين المترتب على هذا التصرف المصطنع ليس إلا افتقاراً ظاهرياً، ولكن دائن البائع لن يستطيع التنفيذ على العين المبيعة بحقه إلا إذا أثبت حقيقة الواقع. أى إلا إذا أثبت صورية البيع، وسبيله إلى ذلك رفع دعوى الصورية.

٢- مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية وبالدعوى غير المباشرة

إذا كان القاسم المشترك بين هذه الدعاوى الثلاث هى المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أنه مع ذلك هناك فروق جوهرية بينهم سواء من حيث الوسيلة أو من حيث الشروط. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ - دعوى الصورية والدعوى البوليصية: أن الفروق الجوهرية بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية ترجع إلى أمرين الأول: الموقف الذى رصدت الدعوى لمواجهته. والثانى: الوسيلة القانونية المقررة لمواجهة هذا الموقف.

فمن حيث الموقف نجد أن الدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى تصرف جدى صادر من المدين، قصد به الاضرار بالدائنين - بينما نجد أن الدائن فى دعوى الصورية يطعن فى تصرف صورى للمدين قصد به الاضرار بالدائنين.

أما من حيث الوسيلة، فان الدائن عندما يطعن فى تصرف المدين بالدعوى البوليصية فانه يطلب الحكم له بعدم نفاذ تصرف انصرفت إليه ارادة المدين على وجه جدى - ولذلك فان الدعوى البوليصية أكثر خطورة لانها تمثل قيداً على حرية

---

(١) لكن مما تجدر ملاحظته «أن الحكم الذى يقضى بناء على طلب الدائن بصورية العقد الصادر من مدينه للغير لا يكون حجة على صورية هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته التى تقوم فيما بعد بين طرفيه لاختلاف الخصوم فى الدعويين نقض ١٦/ ١٩٧٣/٣ س ٢٣ ع١ ص ٤٢٤

المدين فى التصرف[1] فى حين ان الدائن فى دعوى الصورية عندما يطعن فى تصرف المدين فانه لا يبغى من وراء ذلك إلا اثبات صوريته ليصل إلى الاعتداد بحقيقة ما اتجهت إليه ارادة المتعاقدين لا تقوبت هذه الارادة.

وعلى ضوء ذلك يمكن معرفة الفروق الجوهرية من حيث الشروط ومن حيث المدى.

من حيث الشروط: نجد أنه لا يشترط فى الدعوى الصورية بأن يكون حق الدائن مستحق الاداء أو أن يكون سابقاً على التصرف المطعون فيه[2]، أو ان يكون المقصود بالتصرف الاضرار بالدائن. كما لا يشترط أيضاً أن يكون التصرف قد أدى إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره. غير أنه يجب أن يكون للدائن مصلحة فى رفع الدعوى[3]، ولن تتحقق هذه المصلحة فى الغالب من الاحوال إلا إذا كان المدين معسراً، (وان لم يشترط أن يكون التصرف الصورى هو سبب الاعسار). فلو كان للمدين أموال أخرى يستطيع الدائن أن يستوفى حقه كاملاً، فلا مصلحة له فى أن يطعن بصورية تصرف المدين[4].

بالاضافة إلى ذلك لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم[5]، أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم القصير، ثلاث سنوات من تاريخ العلم بسبب عدم نفاذ التصرف فى حق الدائن، وذلك لان هذه الدعوى تجعل مصير التصرف مهدداً، فلم ير المشرع أن يترك الامر إلى القاعدة العامة فى التقادم الطويل وحدها.

---

(١) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س ٢٠ ص ٧٧٣ حيث قضت المحكمة بأنه «وان كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف. مما يقتضى البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من ابداء الطعنين معا» نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س ٢٢ ص ٢٢٨ «.. فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذى صدر من المدين صورى بغية إستبقاء المال الذى تصرف فيه فى ملكه، فإذا اخفق جاز له الطعن فى العقد الحقيقى بدعوى عدم نفاذ التصرف فى حقه، بغية اعادة المال إلى ملك المدين» انظر ايضا نقض ١٩٧٧/٥/٤ س ٢٨ ص ١١٢٥.

(٢) نقض ١٩٦٥/١٢/٩ س ١٦ ص ١٢٢٣.

(٣) نقض ١٩٧٨/٨/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٣٧، ١٩٨٤/٦/٧ س ٣٥ ص ١٥٦٤.

(٤) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٨٣ ص ١٩٢، ١٩٣. وانظ مع ذلك نقض ١٩٤١/١/٢ الطعن رقم ٥٣ سنة ١٠ق حيث قضت المحكمة بأن «لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا، إذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد. فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفا ما كان صوريا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتا ليسره ومقدرته على دفع الثمن، فأن هذا لا يقدم ولا يؤخر».

(٥) نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ س ٢٠ ع ١ ص ٤٥٠، ١٩٧٣/٤/١٠ س ٢٤ ع ٢ ص ٥٧٧ نقض ١٩٨٥/١/٢٩ س ٣٦ ص ١٦٧.

أما من حيث المدى، فان أثر الدعوى الصورية لا يقتصر على الدائن الطاعن بل يفيد منه جميع الدائنين دون تفرقة بحسب تواريخ ديونهم وذلك على خلاف الدعوى البوليصية التي يقتصر أثرها على الدائن الطاعن والدائنين السابقة ديونهم على تصرف المدين. إذ هم وحدهم الذين يتحقق فيهم شرط اضرار التصرف بهم.

- الطعن بالدعوى البوليصية مانع من العودة للطعن بصورية نفس التصرف صورية مطلقة:

ويذهب القضاء إلى أنه «لا يقبل من الدائن الادعاء بصورية تصرف مدينة صورية مطلقة بعد أن يكون قد طعن عليه بعدم نفاذه في حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ، لأن مثل هذا الطعن فيه يعني الاقرار بجدية التصرف ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له بما لا يتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة التي إنما تعني عدم قيامه أصلاً في نية المتعاقدين»[1] لكن العكس صحيح أي يجوز الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية بعد إخفاقه في دعوى الصورية[2]. ويرجع ذلك إلى أن الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف بينما الطعن بالصورية المطلقة يتضمن إنكار التصرف، لذلك ليس ثمة ما يمنع من ابداء الطعنين معاً[3].

ب - دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة:

على ضوء ما تقدم نلاحظ أن هناك أوجه شبه بين كل من الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية. فلا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن مستحق الاداء، أو أن يكون سابقاً على تصرف المدين. كما أن كل من الدعويين تؤديان إلى اشتراك جميع الدائنين في الافادة من الحكم الصادر فيهما دون أدنى قيد. غير أن هذا التشابه لا يحجب الفروق الجوهرية بين الدعويين:

(١) ان الدعوى غير المباشرة يرفعها الدائن باسم مدينه، في حين أن دعوى الصورية يرفعها الدائن باسمه الشخصي باعتباره من الغير. ولذا يكون له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات.

(٢) لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون تصرف المدين قد سبب اعسار المدين أو الزيادة في اعساره، بخلاف الحال في الدعوى غير المباشرة إذ يشترط أن يؤدي عدم استعمال الحق إلى اعسار المدين أو الزيادة في اعساره.

---

(١) نقض ١٩٨٦/٣/٦ س ٣٧ ص ٣٠٨ وانظر ايضا نقض ١٩٧٤/٤/٢٩، السابق الاشارة إليه.
(٢) نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س ٢٢ ص ٢٢٨ السابق الاشارة إليه
(٣) نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س ٢٠ ص ٧٧٣. فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري صورية مطلقة بغية إستبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه. فإذا أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاد التصرف في حقه، بغية إعادة المال إلى ملك المدين نقض ١٩٧١/٢/٢٥ السابق الاشارة إليه، نقض ١٩٧٧/٥/٤ س ٢٨ ص ١١٢٥

ثانياً - النظرية العامة فى الصورية

سبق أن رأينا أن موضوع الصورية لا يقف عند حماية الدائن عن طريق المحافظة على الضمان العام وانما يتجاوزه لتحقيق أغراض أخرى، لذلك يجب استكمالاً للبحث، دراسة النظرية العامة فى الصورية، وفى هذا الصدد سنعرض للتعريف بالصورية. ثم ندرس بعد ذلك أحكام الصورية.

١ - التعريف بالصورية:

وفى هذا الصدد يجب أن نحدد أولاً ماهية الصورية ونعرض بهذه المناسبة لانواعها، ثم بعد ذلك نستطيع أن نميز الصورية عما قد يشتبه بها من أنظمة قانونية:

أ - ماهية الصورية وأنواعها:

يقصد بالصورية اخفاء الاطراف لارادتهم الحقيقية وراء مظهر كاذب وعلى ذلك تتحقق الصورية فى كل مرة يتفق فيها شخصان على اجراء تصرف ظاهر يخفى حقيقة العلاقة بينهما.

وعلى هذا النحو تفترض الصورية وجود تصرف ظاهر Acte ostensible, apparent وهو العقد الصورى Act Simulé, fictif وتصرف مستتر Act secret وهو العقد الحقيقى Act réel أو ما يسمى عادة بورقة الضد Contre- lettre.

ويرمى الاتفاق المستتر أو العقد الحقيقى اما إلى محو كل أثر للتصرف الظاهر، واما تعديل أو نقل بعض آثاره. ولذلك يلزم حتى تتحقق الصورية على هذا النحو أن يكون هناك تعاصر بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر وإلا كنا بصدد اتفاق جدى سابق تعدلت أحكامه باتفاق لاحق(١) ويتوافر هذا التعاصر ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا فى وقت لاحق(٢) طالما أن ارادة الطرفين كانت متجهة من بادئ الأمر إلى محو آثار التصرف الظاهر والتعديل فيها.

وعلى ضوء ما تقدم فان الصورية نوعان، صورية مطلقة وصورية نسبية.

الصورية المطلقة: تتناول هذه الصورية وجود التصرف ذاته، فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة(٣)، كما أن الورقة المستترة لا تتضمن تصرفاً آخر يختلف عن التصرف الظاهر. ويقتصر دور الورقة المستترة على تقرير أن العقد الظاهر انما هو فى حقيقته عقد صورى لا وجود له. ومثال ذلك أن

---

(١) J. Flour, J. L. Aubert, Op. Cit., p. 297.
وانظر أيضا، أنور سلطان، مرجع السابق، فقرة ٦٨ ص ٦٠.

(٢) نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ١٠٢ رقم ٣٠.

(٣) نقض ١٩٩٤/١١/٢٣ س ٤٥ ص ١٤٥٣.

يبيع شخص لآخر بيعاً صورياً ليوفر له النصاب المالى المطلوب للترشيح فى مركز معين، كعضوية مجلس نيابى، أو للعمدية، أو ليظهر فى مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانضمام إلى جمعية أو نادى أو شركة يتطلب هذا المظهر[1].

الصورية النسبية: فى هذه الصورية يتعاصر وجود تصرفين، تصرف حقيقى، وتصرف صورى، ويقصد من وراء التصرف الصورى اما اخفاء طبيعة التصرف الحقيقى، أو بعض شروطه أو أحكامه، أو شخصية أطرافه[2].

(١) الصورية بطريق التستر: وتتناول هذه الصورية نوع العقد لا وجوده، كهبة فى صورة بيع مثلاً. كما لو اتخذ المتعاقدان عقد البيع ستاراً لاخفاء هبة تجنباً للشكلية المطلوبة، إذ أن الرسمية ركن فى الهبة أو قاما بالعكس بأن أخفيا البيع فى صورة عقد هبة لحرمان الشفيع من حق أخذ المبيع بالشفعة أو أخفيا الوصية تحت ستار عقد بيع[3]، حتى لا يتقيد الموصى بالنصاب القانونى المحدد، وهو ثلث التركة لنفاذ تصرفه فى حق الورثة.

(١) الصورية بطريق المضادة، وتتناول الصورية هنا شرطاً من شروط العقد أو ركناً من أركانه. ومثال ذلك أن يذكر فى بيع العقار ثمناً أقل من الثمن الحقيقى تهرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة، أو أن يذكر ثمناً أكبر من الثمن الحقيقى لاثناء الشفيع عن المطالبة بالشفعة، أو يذكر فى عقد الايجار أجرة أكبر من الاجرة المتفق عليها فى الحقيقة بقصد رفع قيمة المنزل المؤجر عند بيعه. وقد يذكر فى عقد هبة سبب مشروع لها اخفاء للسبب الحقيقى غير المشروع.

وقد تقتصر الصورية على مجرد تغيير تاريخ العقد[4] فيقدم هذا التاريخ حتى يكون سابقاً على بدء مرض الموت الذى ص· فيه هذا التصرف.

(٣) الصورية بطريق التسخير، وهذه الصورية تتناول شخصية أحد المتعاقدين بالتغيير للتحايل على أحكام القانون. من ذلك مثلاً أن المادة ٤٣١ مدنى تنص على منع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها والتى يكون نظرها من اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلاً. فيعمد المتعاقدان تحايلاً على هذا النص إلى اخفاء شخصية المشترى تحت ستار شخصية آخر[5].

---

(١) نقض ١٩٧٨/٨/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٣٧، الطعن بالصورية لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيها وفى حدود هذه المصلحة نقض ١٩٨٤/٦/٧ س ٣٥ ص ١٥٦٤.

(٢) نقض ١٩٧٨/٥/٢٥، ٢٩ ص ١٣٣٧، ١٩٩٤/١١/٢٣ س ٤٥ ص ١٤٥٣.

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٢٣ س ١٨ ع ١ ص ٤٧٨، ١٩٦٨/١١/١٤ س ١٩ ص ١٢٦٢، ١٩٦٩/٣/٢٠ س ٢٠ ص ٤٥٠.

(٤) نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ س ١٧ ع ٢ ص ٧٢٣، ١٩٩٢/٤/٢٨ الطعن رقم ٨٢٦ سنة ٦١ق.

(٥) انظر أيضا المادة ٤٧٢ مدنى والخاصة بالمحامين فى خصوص الحقوق المتنازع عليها ويتولون الدفاع عنها، والمادة ٤٧٩ مدنى والخاصة بمنع النائب من أن يشترى ما نيط ببيعه بموجب النيابة، والمادة ٤٨٠ والخاصة بمنع السماسرة والخبراء من شراء الاموال المعهود إليهم فى بيعها أو تقدير قيمتها. نقض ١٩٨٧/١/٢١ س ٣٨ ص ١٤٢

ومما تجدر ملاحظته أنه ليس هناك ما يمنع من الدفع بالصورية النسبية بعد التمسك بالصورية المطلقة[١].

ب - التمييز بينها وبين ما يشتبه بها:

بالرغم من التحديد السابق للصورية إلا أن هناك حالات قد تتشابه مع الصورية، لذا يجب تمييز الصورية عن هذه الحالات وهذا ما سنعرض له فيما يلي:

(١) الصورية والتدليس، الفارق الجوهرى بين الصورية والتدليس يكمن فى مصدر كل منهما. فالصورية كذب متعمد من الطرفين، فكل من الطرفين على بينة من الحقيقة. وعلى ذلك فالصورية تفترض قيام تواطؤ واتفاق بين الطرفين بحيث لا يقصد من ورائها أن يغش أحد المتعاقدين الآخر، وانما يريد غش الغير أو لخفاء لمر معين أما التدليس فهو عمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الأخر[٢] فالتدليس استعمال طرق احتيالية من جانب أحد المتعاقدين أو من الغير لايقاع المتعاقد الآخر فى غلط بحمله على ابرام العقد.

(٢) الصورية والتحفظ الذهنى، وحيث أن الصورية تدبير واتفاق بين الطرفين فانها لذلك تختلف عن التحفظ الذهنى. ففى التحفظ الذهنى يستقل أحد الطرفين باظهار ارادة أخرى تختلف عن التحفظ الذهنى.

ففى التحفظ الذهنى يستقل أحد الطرفين باظهار ارادة وابطان ارادة أخرى تختلف عن الأولى. فالاختلاف بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة ناشئ عن قصد من جانب أحد المتعاقدين دون الآخر. ومثال ذلك أن يبدى شخص رضاءه بالعقد على نحو محدد بينما هو يضمر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا.

(٣) لا تتحقق الصورية إذا كان العقد جدياً، ولو لم يكن هذا العقد إلا وسيلة إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد. مثال ذلك بيع المدين لمال له بيعاً

---

(١) نقض ١٩٨٦/١١/١٩ س ٣٧ ص ٢٣٧ كما أن المحكمة قضت بأن «مشترى العقار بعقد مسجل يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الآخر الصادر من البائع عن ذات المبيع، وله باعتباره خلفاً خاصاً أن يتمسك بصورية العقد الآخر صورية مطلقة حتى ولو لم يتمسك بذلك البائع بعد القضاء برفض إدعائه بتزوير ذلك العقد، إذ ليس فى القانون ما يحول دون التمسك ببطلان التصرف أو صوريته بعد رفض الادعاء بتزوير المحرر المثبت به التصرف لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر، إذ يقتصر الأمر فى الادعاء بالتزوير على إنكار صدور الورقة من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه، ولا يفيد ثبوت اسناد التصرف إلى المتصرف بطريق اللزوم صحته وجديته».

(٢) السنهورى، الوسيط، جزء ٢ فقرة ١١٥ ص ١٠٧٧.

جدياً، لا لحاجة إلى ثمنه، وانما بقصد حرمان دائنيه من التنفيذ عليه. هذا تصرف جدى لا صورى، لذلك يطعن فيه بالدعوى البوليصية لا بدعوى الصورية[1].

٢- أحكام الصورية:

- يهيمن على أحكام الصورية ثلاثة مبادئ يجب التنسيق بينها فمبدأ سلطان الارادة يفرض احترام الارادة الحقيقية للمتعاقدين، أى الاعتداد بالتصرف المستتر، أو ما يسمى بورقة الضد. ونظرية الأوضاع الظاهرة تملى السماح للغير حسن النية بالاعتداد بالتصرف الظاهر. ومبدأ محاربة الغش قد يقتضى ابطال ورقة الضد، أو ورقة الضد والتصرف الظاهر معاً.

- يتضح من ذلك أن الصورية ليست بذاتها سبباً للبطلان. فإذا لجأ المتعاقدان إلى الصورية بقصد التحايل على القانون فان أثر هذا التحايل يختلف باختلاف الأحوال، فقد يترتب على اعلان الصورية بطلان العقد الحقيقى لعدم مشروعيته، وقد يقتصر الجزاء على تفويت قصد المتعاقدين بمنع تحقيق الغرض الذى قصداه بتحايلهما.

• تطبيقاً لذلك، إذا كان الغرض من التحايل على القانون هو تصحيح عقد مخالف للقانون باخفائه تحت ستار عقد آخر، ترتب على الكشف عن الصورية بطلان العقد الحقيقى لعدم مشروعيته، كهبة يقصد بها استمرار علاقة غير شرعية يسترها المتعاقدان تحت ستار عقد بيع أو قرض أو يخفيان هذا الباعث غير المشروع تحت ستار باعث مشروع. ومن ذلك أيضاً البيع لأحد عمال القضاء تحت ستار شخصية مشتر آخر.

• أما إذا كان القصد من التحايل على القانون عدم اخفاء تصرف غير مشروع، فان الكشف عن الصورية لا يترتب عليه بطلان التصرف المستتر ما دام مشروعاً، وانما يقتصر الجزاء على منع تحقيق الغرض الذى قصده المتعاقدان بتحايلهما. فمثلاً إذا كان القصد من اخفاء البيع تحت ستار هبة أو من ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقى هو منع الشفيع من الأخذ بالشفعة، فان جزاء هذا التحايل يقتصر

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦١٥، ص ١٠٧٩. وانظر أيضاً نقض ١٩٨٥/١١/٢٨ س ٣٦ ص ١٠٦٧ حيث قضت المحكمة بأنه من «المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العقد المسجل ولو ثبت التواطؤ بين طرفيه على حرمان مشتر آخر من ذات الصفقه يفضل العقد غير المسجل والصورية تختلف عن التواطؤ مدلولا وحكما لأن الصورية تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية المتعاقدين، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث آثار قانونية له. وثبوت صورية عقد البيع صورية مطلقة وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة، يرتب بطلانه. فلا تنتقل به ملكية القدر المبين ولو كان مسجلا، إذ ليس من شأنه التسجيل أن يصحح عقداً باطلا».

على تفويت قصدهما فتثبت الشفعة رغم أن العقد ظاهره هبة، ولا يلتزم إلا بدفع الثمن الحقيقى دون الثمن الظاهر. وإذا قصد المتعاقدان بذكر ثمن فى العقد أقل من الثمن الحقيقى التهرب من رسوم التسجيل أو انقاصها. فان مكتب الشهر العقارى يقتضى الرسوم كاملة على أساس الثمن الحقيقى دون الثمن الظاهر. وإذا كان القصد من اخفاء الوصية تحت ستار هبة أو بيع (التهرب من أحكام الوصية) فان جزاء التحايل هو تطبيق أحكام الوصية، ومنها أنها لا تنفذ فى حق الورثة فيما زاد عن ثلث التركة.

ولنر الآن مدى تطبيق هذه الاحكام وكذلك طرق اثبات الصورية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير.

أ – أثر الصورية فيما بين المتعاقدين:

سوف نعرض للقاعدة العامة فى هذا الصدد، ثم نعرض بعد ذلك لكيفية اثبات الصورية فى هذه الحالة:

(١) القاعدة العامة، الاعتداد بالتصرف الحقيقى دون التصرف الصورى:

فقد نصت المادة ٢٤٥ مدنى على أنه «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى» وكما هو واضح فان العبرة فيما بين المتعاقدين بما انصرفت إليه ارادتهما الحقيقية.

– وعلى ذلك يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك فى مواجهة الآخر بالعقد الحقيقى. وتسرى هذه القاعدة على الخلف العام لكل من المتعاقدين حيث أن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفه[1].

– ويترتب على ما تقدم أن الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد وصحة العقد هى شروط العقد الحقيقى لا العقد الصورى. فإذا ستر المتعاقدان هبة فى صورة بيع، وجب أن تتوافر فى الهبة أركانها وشروط صحتها من الناحية الموضوعية، كالأهلية والرجوع فى الهبة مثلاً، أما ركن الشكل، وهو الرسمية أو القبض إذا كان الشئ الموهوب منقولاً (م ٤٨٨ مدنى) فلا داعى له، لأن الفرض أن الهبة ليست صريحة، بل مستترة. كل ذلك مع ملاحظة وجوب استكمال العقد الساتر، وهو البيع لأركانه وشروطه. لكن إذا أبرأ البائع الظاهر المشترى من الثمن أو وهبه له فى نفس العقد فإن التصرف لا يعتبر بيعاً ساتراً لهبة، بل يعتبر هبة صريحة لا تنعقد إلا إذا توافر فيها ركن الشكل[2].

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/١٦ س ٣٥ ص ١٣٣٠.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٧٤ ص ٦٢، ٦٣، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ١٧٦، اسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٨٧ ص ١٩٨.

(٢) اثبات الصورية: يخضع اثبت الصورية فيما بين المتعاقدين للقواعد العامة فى الاثبات[1]. وعلى ذلك فان على من يدعى الصورية أن يثبت ادعاءه. والقاعدة أنه لا يجوز للمتعاقدين والخلف العام اثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على نصاب الشهادة (وهو خمسمائة جنيه) ولذلك فإذا كان العقد الظاهر مكتوبا وجب على المتعاقد اليقظ أن يحتاط ويحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ليثبت بها حقيقة التصرف وخاصة إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيقى من شأنه الاضرار به، فان لم يفعل ذلك فانه يتعذر عليه اثبات الصورية بالشهادة والقرائن وان كان من الجائز الاثبات في هذه الحالة باليمين والاقرار.

- وبالرغم من ذلك فان هناك حالات استثنائية يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة والقرائن فى ما يجب اثباته بالكتابة. فإذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية، أو وجد مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على ورقة الضد، أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها بسبب أجنبى جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى الشهادة أو القرائن لاثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوبا، بل ولو كانت القيمة تزيد على النصاب القانونى للبينة (م ٦٢، ٦٣ من قانون الاثبات).

- اثبات الصورية فى حالة التحايل على القانون: القاعدة انه إذا كانت الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون، أى التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الحقيقى الموضوعية اللازمة لصحته ونفاذه، جاز للمتعاقدين والخلف العام اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ولو كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة ولو زادت القيمة على النصاب القانونى للبينة. والعلة فى ذلك هى قيام مانع يحول دون الحصول على ورقة الضد، إذ أن المتعاقد الذى تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر أو الخلف العام، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل[2]. وتطبيقاً لذلك يجوز للمتعاقد والخلف العام الالتجاء إلى الشهادة والقرائن لاثبات أن حقيقة العقد هبة دفع إليها باعث غير مشروع، أو أن المشترى الحقيقى هو أحد عمال القضاء ممن لا يجوز لهم الشراء طبقاً للمادة ٤٣١ مدنى، أو أن السبب الحقيقى للدين الثابت فى السند هو القمار لا القرض.

- أما إذا كان التحايل على القانون لمصلحة المتعاقدين معاً وقصد به الاضرار بالغير ممن ليس طرفاً فى التصرف أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه، فانه ليس

---

(١) نقض ١٩٨٤/٥/١٦ س ٣٥ ص ١٣٣٠.

(٢) نقض ١٩٩١/٣/١٤ س ٤٢ ص ٧٦٢، «اجازة اثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه أو خلفهما العام بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته، وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث ثابتا بالكتابة فلا يجوز لأحد ورثته أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد صورى، وأنه قصد به الاحتيال على الغير».

هناك ما يبرر فى هذه الحالة الخروج عن القواعد العامة، حيث لم يكن هناك ما يمنع المتعاقد من الحصول على ورقة الضد. إذ لا يوجد ما يدعو المتعاقد الآخر إلى أن يمتنع عن اعطائه تلك الورقة، فليس هناك ما يخشاه من ذلك ما دام التحايل قد قصدت به مصلحتهما معاً. وعلى ذلك إذا طالب البائع، أو خلفه العام المشترى بدفع ثمن أكبر من الثمن المذكور فى العقد، بدعوى أن هذا الثمن أقل من الثمن الحقيقى بغية انقاص رسوم التسجيل، فلا يجوز اثبات حقيقة الثمن إلا بالكتابة.

– أما إذا كان التحايل على القانون موجهاً ضد مصلحة الخلف العام باعتباره وارثاً، فانه يجوز له اثبات الصورية فى هذه الحالة بكافة طرق الاثبات لوجود المانع الذى يحول دون حصوله على الدليل الكتابى المثبت للصورية[1]. وعلى ذلك فإذا أفرغت وصية فى صورة بيع بقصد التحايل على قواعد الوصية اضراراً بالورثة بقصد انفاذ الوصية فيما يجاوز الثلث فى حقهم فانه لا يقبل من المتصرف اثبات صورية العقد الظاهر، أى البيع، أى اعتبار أن حقيقته وصية، إلا بالكتابة إذ لم يقم بالنسبة له مانع يحول دون حصوله على دليل كتابى لاثبات حقيقة التصرف على العكس من ذلك يجوز لورثة المتصرف بعد وفاة مورثهم أن يثبتوا الصورية بكافة طريق الاثبات. إذا رغم أن الوارث لا يعتبر من الغير فيما يتعلق بالصورية، إلا أنه قد تحقق بالنسبة له المانع من الحصول على دليل كتابى لأنه لا يعقل أن يترك المتعاقدان للورثة دليلاً كتابياً لاثبات تلك الصورية التى قصد بها الاضرار بهم بالذات[2][3].

---

(١) نقض ١٩٦٤/٤/٩ س ١٥ ص ٥٢٦ لكن طعن الوارث على تصرف المورث بالصورية المطلقه فانه باعتباره خلفا عاما يتقيد فى إثباته بما كان يجوز لمورثه من طرق الاثبات.

(٢) نقض ١٩٩٣/٢/١٨ س ٤٤ ص ٦٤٦ «تقرير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وحسبه أن يبين الحقيقة التى إقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله...»

.. لكن إذا كان «لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها فى الطعن بالصورية على، ما يكفى لتكوين عقيدتها من الأدلة المطروحة فى الدعوى دون أن تكون ملزمة باجابة الخصوم إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول فى ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما فى ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه» نقض ١٩٨٣/١/٢٧ س ٣٤ ص ٣٢٤، ١٩٨٣/٣/٢٤ س ٣٤ ص ٧٣٨ نقض ١٩٩٢/٥/٢٦ الطعن رقم ١٢٠٠ سنه ٥٦ق ولتنظر أيضاً نقض ١٩٩٤/١١/٢٣ س ٤٥ ص ١٤٥٣ حيث قضت بأنه «من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى إثبات الصورية أو نفيها، إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الذى أخذ به مستمداً من أوراق الدعوى ومستخلصاً منها إستخلاصاً سائغاً».

(٣) كما أن إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقاً فى التركه لا تثبت له إلا بهذه الوفاة. وعلى ذلك فإذا كان أحد الورثه المحتملين قد وقع على عقد المورث لأحد الورثه فان ذلك لا يمنعه من الطعن فى صورية هذا العقد بعد وفاة المورث انظر نقض ١٩٧٣/٤/١٠ س ٢٤ ص ٥٧٧، ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٣٩٤.

ب - أثر الصورية بالنسبة للغير: سبق أن رأينا حكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام وأيضاً كيفية اثبات هذه الصورية والآن نود أن نعرض لحكم الصورية بالنسبة للغير. ولذلك ينبغي علينا أن نعرض القاعدة في هذا الصدد وأهمية تحديد المقصود بالغير، ثم بعد ذلك نبين كيف أن المشرع قد منح الخيار للغير في التمسك بالعقد المستتر أو العقد الظاهر، وأخيراً، كيف فض التعارض بين مصالح الغير. ولنر هذه النقاط بشئ من التفصيل.

١ - القاعدة وأهمية تحديد المقصود بالغير:

القاعدة: أن الغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري كما له أن يتمسك بالعقد المستتر واثبات الصورية بكافة طرق الاثبات وعند تعارض المصالح تكون الأفضلية لمن يتمسك بالعقد الظاهر. ومن هنا تظهر أهمية تحديد المقصود بالغير في الصورية.

المقصود بالغير في الصورية: تنص المادة ٢٤٤ مدني على أنه «(١) إذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي اضر بهم» (٢) وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الافضلية للأولين».

تضمنت هذه المادة القاعدة المقررة في حكم الصورية بالنسبة للغير، ولكنها لم تذكر سوى الدائنين والخلف الخاص. فهل تقتصر طائفة الغير في الصورية عليهما فقط، أم ينصرف مدلول الغير إلى كل من لم يكن طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً لأحد المتعاقدين؟ في الاجابة على هذا التساؤل اختلف الفقهاء.

فمن الفقهاء من يرى أن طائفة الغير في الصورية تقتصر على الخلف الخاص والدائن الشخصي للمتعاقد[1]. وبالنسبة للخلف الخاص لا يعتبر غيراً إذا كسب حقه على العين محل التصرف الصوري بموجب التصرف الصوري نفسه. مثال ذلك الشفيع والمنتفع في الاشتراط الصوري لمصلحة الغير وحيث أن حقه الذي يراد حمايته من الصورية مصدره العقد الصوري ذاته، فانه لا يعتبر من الغير[2] وعلى ذلك تكون هناك طائفة - غير المتعاقدين والخلف العام - لا تدخل مع ذلك في طبقة الغير. فهذه يسري في حقها العقد الحقيقي. والشفيع يدخل في هذه الطائفة فيسري في حقه العقد الحقيقي لا العقد الصوري[3].

---

(١) السنهوري، الوسيط جـ ٢ فقرة ٦٢١ ص ١٠٨٨ وما بعدها.
(٢) المرجع السابق فقرة ٦٢١، ص ١٠٩٠، ص ١٠٩٤.
(٣) السنهوري، المرجع السابق، جـ ٢ فقرة ٦٢١ هامش ٢ ص ١٠٩١ وبصفة خاصة ص ١٠٩٣.

ويذهب بعض الفقهاء[1] إلى أنه يندرج تحت طائفة الغير كل من لم يكن طرفاً فى العقد أو خلفاً عاماً لأحد طرفيه. وذلك لأن منطق الغير فى الصورية يتحدد على أساس وجوب حماية كل من اعتمد عن العقد الصورى واطمأن إليه معتقداً بحسن نية أنه عقد حقيقى فبنى عليه تعامله. وهذا الرأى هو السائد قضاء به أخذت محكمة النقض فى العديد من أحكامها[2] وعلى ذلك يعتبر الشفيع من الغير، وكذلك المنتفع فى الاشتراط الصورى لمصلحة الغير والمدين بالنسبة للحوالة الصورية الصادرة من الدائن.

٢- الخيار المفتوح للغير فى التمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصورى:

القاعدة أن للغير أن يتمسك بالعقد المستتر أو بالعقد الصورى حسب مصلحته. وهذا يقتضى معرفة متى يجوز للغير التمسك بالعقد المستتر وكيفية اثباته لصورية التصرف الظاهر، وكذلك معرفة متى يجوز له التمسك بالعقد الظاهر والعلة من ذلك؟

أولاً: التمسك بالعقد المستتر: يجوز للغير إذا كانت له مصلحة فى ذلك ان يتمسك بالعقد المستتر، وأن يطعن بصورية العقد الظاهر. وعليه عبء اثبات صورية التصرف الظاهر. والقاعدة أن له ذلك بكافة طرق الاثبات بما فى ذلك الشهادة والقرائن ولو كان التصرف الظاهر ثابتاً بالكتابة ولو زادت القيمة عن النصاب القانونى للشهادة. والعلة فى ذلك أنه كان يستحيل على الغير أن يحصل على سند كتابى لاثبات صورية عقد لم يكن طرفاً فيه.

ومن ذلك مصلحة دائن البائع الصورى فى التمسك بالاتفاق الحقيقى واثبات صورية البيع بكافة طرق الاثبات حتى يستطيع التنفيذ على المبيع بوصفه ما زال في ملك مدينه وكذلك الخلف الخاص للبائع، كمشتر ثان أو دائن مرتهن، أن يثبت صورية البيع الصادر من سلفه بكافة طرق الاثبات حتى يخلص له حقه. وكذلك الشفيع يستطيع أن يثبت بكل طرق الاثبات صورية الثمن المذكور فى العقد فيثبت أن الثمن الحقيقى أقل من الثمن الظاهر كما أن يثبت أن حقيقة العقد بيع وليس هبة.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩٠ ص ٣٠٥، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٥٦ ص ١٨٠.

(٢) انظر فى اعتبار الشفيع من الغير نقض مدنى ١٤ بريل سنة ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض ٢١ رقم ٩٩ ص ٦١٨. وانظر فى تفصيل أكثر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت، ١٩٩٥، ص ٤٥٢ وما بعدها، ص ٤٩٠ وما بعدها، وانظر ايضا نبيل سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف ١٩٩٧ ص ٥٦ وما بعدها.

ثانياً: للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر[1]: فإذا كانت القاعدة أن العبرة بما انصرفت إليه الارادة الحقيقية للمتعاقدين إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير. حيث أن مبدأ استقرار المعاملات يقتضى احترام الثقة المشروعة فى الوضع الظاهر. فقد أوجد المتعاقدان فى العقد الصورى مظهراً كاذباً اعتمد عليه الغير واطمأن إليه. فهو لم يكن يستطيع أن يستشف حقيقة ما اتفقا عليه فوجب حماية للغير بأن يؤخذ بالارادة التى يمكن التعرف عليها ولو اختلفت عن الارادة الحقيقية[2].

ويشترط حتى يستطيع الغير أن يتمسك بالعقد الظاهر أن يكون حسن النية وقت تعامله، أى يجهل وجود العقد المستتر فى ذلك الوقت وحسن النية مفروض وعلى من يدعى العكس اثبات ما يدعيه.

وإذا أشهر العقد المستتر فلا يقبل من الغير أن يحتج بالجهل به بعد ذلك إذ أنه بشهره لم يعد مستتراً فلا تنطبق المادة ٢/٢٤٤ مدنى[3].

٣- ما الحكم عند تعارض مصالح الغير؟ أجابت المادة ٢/٢٤٤ مدنى بنصها على أنه «إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين».

تطبيقاً لذلك فى البيع الصورى مثلاً، نجد أن مصلحة دائنى البائع وخلفه الخاص اثبات الصورية والتمسك بالحقيقة. وعلى العكس من ذلك نجد أنه من مصلحة دائنى المشترى وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر. وعلى ذلك فإذا تنازع دائن البائع الصورى، والذى يتمسك بالعقد الحقيقى لتبقى العين فى ذمة مدينه لينفذ عليها، ودائن المشترى الصورى الذى يتمسك بالعقد الظاهر لتدخل العين فى ذمة مدينه هو ويستطيع أن ينفذ عليها، فان الافضلية ستكون لهذا الاخير.

---

(١) نقض ١٩٦٥/١٢/٣٠ س ١٦ ص ١٣٨٥، حيث قضت المحكمة بأن «مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ مدنى فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك بالباعث على الصورية – سواء كان مشروعاً أم غير مشروع – وعلة ذلك أن إجازة التمسك بالعقد الظاهر إستثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى أراده المتعاقدين. وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على إعتقاد منه بأنه عقد حقيقى» انظر ايضاً ١٩٨٤/٦/٧ س ٣٥ ص ١٥٦٤.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٩٢، ص ٢١١ وبصفة خاصة المراجع المشار إليها فى هامش (١).

(٣) انظر اسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ٩٢، ص ٢١٢، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ٨١ ص ٧٠، ومع ذلك قارن السنهورى الوسيط، جـ ٢، فقرة ٦٢٣ ص ١١٠٢ هامش ٢ نقض ١٩٧٢/١٠/٢٨ س ٢٣ ع ٣ ص. ١٢٨٥.

وكذلك لو باع شخص عيناً مملوكة له لشخص آخر بيعاً جدياً، ثم عاد وباع نفس العين بيعاً صورياً إلى شخص آخر، وعلى أثر ذلك باع المشترى الصورى هذه العين إلى شخص آخر بعقد جدى، فانه سيكون التنازع هنا بين المشترى الأول بعقد جدى، والمشترى الأخير من المشترى الصورى. فالأول له مصلحة فى أن يتمسك بالعقد الحقيقى وأن يعمل على كشف الصورية حتى تخلص له الملكية والمشترى الأخير يتمسك بالعقد الصورى لبائعه حتى تنتقل له الملكية فى هذه الحالة تكون الافضلية لهذا الأخير[1].

المطلب الرابع
الاعسار والافلاس المدنى

تمهيد:

سبق أن رأينا وسائل المحافظة على الضمان العام لحماية حقوق الدائن، من دعوى غير مباشرة ودعوى بوليصية ودعوى صورية. وقد اتضح لنا من خلال الدراسة التفصيلية أن هذه الوسائل لا تحقق الحماية الكافية لحقوق الدائنين. فالحماية التى تحققها كل من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تكون حماية متأخرة حيث لا يجوز للدائن أن يلجأ إلى أى منهما إلا بعد اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره، فيما يهدفان فقط إلى انقاذ ما تبقى لدى المدين من أموال، فهما لا يحولان دون وقوع الخطر وانما يهدفان إلى منع تفاقمه.

كما أن كلا من الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية ليست طرقاً من طرق التنفيذ، وانما هى وسائل تمهد لهذا التنفيذ، فى حين أن ما يسعى إليه الدائن هو التنفيذ بحقه. كما أن الدائن لا ينفرد بالتنفيذ على حقوق المدين

---

(١) وانظر فى تحديد نطاق هذه المفاضلة حكم محكمة النقض فى ١٩٨٧/٣/٢٤ س ٣٨ ص ٤٣٣ حيث قضت بأن «المشرع نظم بنص المادتين ٢٤٤، ٢٤٥ من القانون المدنى أحكام الصورية سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام أو فيما بينهما وبين دائنيهم والخلف الخاص أو فيما بين هؤلاء الأخيرين، وإذا كان حق دائنى المتعاقدين والخلف الخاص فى التمسك بالعقد الظاهر طبقاً لهذه الأحكام هو حق استثنائى مقرر لهؤلاء وأولئك فى مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقى وذلك على خلاف القواعد العامة - إذ يستمد من عقد لا وجود له قانونا - فى حين أن حق الوارث الذى يطعن على تصرف مورثه بأنه يخفى وصيه هو حق أصلى يستمده من قواعد الارث التى تعتبر من النظام العام وتجعل واقعة وفاة المورث سببا مستقلا لكسب الملكية، ولا يستمد من المورث ولا من العقد الحقيقى، ومن ثم لا يعد هذا الوارث طرفا فى أية علاقة من تلك التى تنظمها أحكام الصورية المشار إليها، ولا يعتبر لذلك من ذوى الشأن الذين تجرى المفاضلة بينهم طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ سالفة الذكر - وهو دائنو المتعاقدين والخلف الخاص - فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر فى مواجهة حقه فى الارث بل يقدم حقه على حقهم فى هذا الشأن».

التى حافظ عليها، بل يشركه فى ذلك غيره من الدائنين وفى هذا قد يقعد الدائن عن الالتجاء إلى هذه الوسائل ويفضل أن يلجأ إلى وسائل قانونية أخرى أكثر منها فعالية. علاوة على ذلك فان الدعوى البوليصية محاطة بشروط، كشرط علم المتصرف إليه بغش المدين فى المعاوضات مثلاً، تجعل من الصعب فى كثير من الأحيان الالتجاء إليها. كما أن الحماية التى تكفلها دعوى الصورية ليست قاصرة على الدائن وحده ولكن يجوز لكل ذى مصلحة أن يطعن فى التصرفات الصورية، سواء أكان أحد المتعاقدين أو خلفاً عاماً أو خاصاً لأحدهم أو من الغير.

أما من حيث مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام فانها لا تعدو أن تكون مساواة قانونية لا مساواة فعلية فالقانون يجعل لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال مدينه، ولذلك قد يبادر أحد الدائنين إلى هذا التنفيذ دون أن يتيسر ذلك عملاً، لأسباب كثيرة، مشاركة باقى الدائنين له.

ولذلك قام المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى بتنظيم شهر الاعسار (م ٢٤٩ مدنى إلى ٢٦٤ مدنى) وذلك ليحمى الدائن من مدين يسعى إلى ايثار بعض الدائنين على الآخرين. ومع ذلك فان شهر الاعسار أمر جوازى للقاضى. كما أن الإجراءات التى وضعها القانون لشهر الاعسار تفترض أن أموال المدين لم تعد كافية لوفاء ما عليه من ديون مستحقة الأداء. وكما هو واضح فان هذه الإجراءات لا تدفع خطر الاعسار وان كانت تهدف إلى الحد من تفاقمه.

على أن أخطر مثالب نظام الاعسار هو أن شهره لا يحرم الدائن من اتخاذ اجراء فردى للتنفيذ على أموال مدينه، وهذا يعد فارقاً جوهرياً بين الاعسار المدنى والافلاس التجارى. ذلك أن الافلاس نظام جماعى يحقق للدائنين تصفية جماعية لأموال التاجر المفلس ويتم التوزيع بواسطة وكيل عن الدائنين يسمى بالسنديك. هذا الوسيط بين التاجر المفلس ودائنيه، ولذلك لا يسمح لأحدهم بالسعى المنفرد. وعلى ذلك فان المشرع المصرى اكتفى بصدد الاعسار بأن جعل منه نظاماً قانونياً يكفل اعلان حالة المدين إلى كافة دائنيه وذلك عن طرق شهر الاعسار.

ويترتب على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار أنه لا يسرى فى حق الدائنين أى وفاء يقوم به المدين مؤثراً بذلك دائناً على آخر كما لا يسرى فى حقهم أيضاً أى تصرف يكون من شأنه انقاص حقوقه أو زيادة التزاماته. وسوف نكتفى بهذا القدر من أحكام الاعسار وذلك لعدم جدوى دراسة هذه الأحكام دراسة تفصيلية لندرة تطبيقها فى العمل. كما أننا نود أن نلقى الضوء على التطورات الحديثة فى هذا المجال.

وإذا كان تنظيم الاعسار على هذا النحو عند وضع التقنين المدنى المصرى الحالى يشكل طفرة بالنسبة للتقنين المدنى السابق إلا أنه مع ذلك لم يساير التطورات

الحديثة فى مجال الائتمان بصفة عامة، وما ترتب على ذلك من استجابة كثير من التقنيات الحديثة لهذه التطورات وتنظيمها للافلاس المدنى وذلك لحماية وتشجيع الائتمان فى الاقتصاد المعاصر.

ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أولاً: اتساع نطاق الائتمان المدنى وأهمية تنظيم الافلاس المدنى[١]:

يمكن القول أن المجتمعات الحديثة قد شهدت فى الوقت الحاضر من التقدم الاقتصادى والتكنولوجى الذى لم تشهده على مدار آلاف السنين. وقد عاصر هذا التقدم تغييرات جوهرية فى القيم والمفاهيم. وقد أصبح التنافس الاقتصادى والعلمى بين الدول هو السمة الأساسية لهذا العصر الذى نعيش فيه.

وقد كان من نتيجة هذه التطورات والتغيرات، أن سيطر على أفراد هذه المجتمعات الروح الانتاجية وممارسة النشاط الاقتصادى ولم تعد هذه الممارسة قاصرة على فئة دون أخرى وانما أصبح تحسين مستوى المعيشة هو الشغل الشاغل لمعظم أفراد المجتمع.

كما أن هذه التطورات قد أدت إلى أن الائتمان المدنى لم يعد كما كان من قبل ائتماناً استهلاكياً. كما أن هذا الائتمان لم يعد قاصراً على المشروعات الفردية الصغيرة وانما أصبح يشمل الكثير من المشروعات الكبيرة، ويكفى أن نشير هنا على سبيل المثال إلى مشروعات استصلاح الأراضى، ومشروعات الثروة الحيوانية والداجنة، ومشروعات استغلال المناجم والمحاجر، والصناعات الحرفية وغيرها من المشروعات مما تعج به الحياة الاقتصادية فى الوقت الحاضر.

ولذلك أصبحت حاجة المزارع والمربى إلى القروض لا تقل عن حاجة التاجر إليها، فهو يقترض لشراء البذور ولاعداد الأرض وريها ولصيانة المحصول وجمعه، والأهم من ذلك شراء الآلات الحديثة وكذلك السلالات المحسنة من الحيوانات والطيور، فمن اللازم والحال كذلك تمكين المزارع من الحصول على هذه القروض بسهولة ويسر وبغير حاجة إلى تقرير رهون على أرضه، ومنقولاته كلما أراد أن يقترض، وبالتالى يحتفظ بقدرته الائتمانية[٢].

ولا سبيل إلى ذلك إلا إذا اطمأن الدائن على مصير حقوقه ويكفل الافلاس تبسيط الائتمان ودعم الثقة فى المعاملات عن طريق تصفية جماعية لأموال المدين متى عسر وبالتالى لا يحتاج الدائن إلى التزاحم أو التشاحن مع غيره، فضلاً على

---

(١) انظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩٠ ص ٢٢٧ وما بعدها. ومؤلفنا نحو قانون للافلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

(٢) انظر محسن شفيق، القانون التجارى المصرى، الجزء الثانى، الافلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، ط أولى، ١٩٥١، فقرة ٢٤ ص ٤٧

صيانة الضمان العام للدائنين بمنع المدين من العبث بأمواله أو تبديدها كما أن الزارع أو المربى قد يكون حسن النية، عاثر الحظ ويتعرض لظروف خارجة عن ارادته كآفة زراعية أو جفاف أو فيضان أو مرض يصيب الماشية أو الطيور وغير ذلك من الظروف غير المتوقعة مما يجعله يعجز عن الوفاء بديونه من محاصيله أو انتاج ما يقوم بتربيته من حيوانات وطيور فمن الخير تمكين هذا الزارع أو المربى من الحصول على صلح يستطيع منه تأجيل الوفاء أو الحط من قدر الديون فيتفادى بذلك انهيار مركزه المالى أو يستعيد مركزه ويستأنف نشاطه[1].

«وبالجملة إذا كان من مزايا الافلاس تحقيق المساواة بين الدائنين وطرح القيود حول المدين لمنعه من الاضرار بحقوق دائنيه، وتوقيع العقوبات عليه إذا لجأ إلى الاهمال أو التدليس وتبسيط الاجراءات والاقتصاد فى النفقات، وتمهيد السبل أمام المدين لاستعادة مركزه المحطم، وتخويل السلطة القضائية حق الاشراف على أعمال التصفية الجماعية لالغاء الغش وطغيان بعض الدائنين على البعض الآخر، فمن غير المرغوب فيه قصر هذه المزايا على المعاملات التجارية دون المدنية، وانما الخير كل الخير فى تعميمها وبسط نفعها»[2].

ان عزوف المشرع المصرى عن تنظيم الافلاس المدنى قد أدى إلى ضياع الكثير من حقوق المقرضين، ومعظمهم بنوك قطاع عام أو مؤسسات الدولة الأخرى، نتيجة لمحاولة أصحاب المشروعات الزراعية والحيوانية الكبيرة فى الفترة الاخيرة، افشالها وذلك للاستيلاء على هذه القروض وعدم ردها إلى أصحابها لعجز الأنظمة القانونية للقانون المدنى فى تحقيق الحماية الكافية لما نحى الائتمان، وذلك لطول اجراءات الحجوزات الفردية وتعقيدها وكثرة نفقاتها وعدم تحقيقها لأهدافها.

ويكفى أن نشير إلى ما يستشعره رجال القانون أنفسهم من عجز الأنظمة القانونية القائمة فى حماية الدائنين واستقرار القناعة لديهم بافضلية حصول الدائن على جزء ولو بسيط من حقه بالتراضى من الحصول على كامل حقه عن طريق التقاضى. فهل من المتصور فى مثل هذا المناخ أن يتطور الائتمان؟ وهل ينتظر أن يحدث تقدم اقتصادى أو تنمية فى البلاد؟

ثانياً: سيادة فكرة تنظيم الافلاس المدنى:

انه لمن عجب العجاب أن الفقه التقليدى يرى أن التفرقة بين الافلاس والاعسار قد أصبحت من التقاليد القانونية المتأصلة فى الوقت الذى أجمعت فيه الدراسات

---

(١) قارن محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤٠.
(٢) انظر محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢١ ص ٤١.

التاريخية على أن القانون الرومانى قد عرف نظام التصفية الجماعية والتى يراعى فيها المحافظة على المساواة بين الدائنين. وهذا النظام يتضمن اجراءين: أولهما نقل حيازة أموال المدين إلى الدائنين Missio in Possessionem. وثانيهما: بيع هذه الأموال وتوزيع الثمن الناتج عنه بين الدائنين بنسبة ديونهم Venditio Bonorum ويعتبر هذا التنظيم أساس التشريعات الحديثة المتعلقة بالافلاس.

ومما هو جدير بالذكر أن اجراءات التصفية الجماعية كانت تتخذ فى مواجهة كل مدين يعجز عن دفع ديونه، لا فرق فى ذلك بين ما إذا كان تاجراً أم غير تاجر، بمعنى أن نظام الافلاس المدنى كان معروفاً عند الرومان[١].

ولذلك فقد اتجهت معظم التشريعات إلى الأخذ بنظام يتضمن قواعد تقوم على تصفية أموال المدين الذى يعجز عن أداء ديونه ودون تمييز بين التجار وغير التجار ومن أمثلة ذلك، التشريع الألمانى منذ صدور قانون الافلاس عام ١٨٧٧، والتشريع الانجليزى منذ القانون الصادر فى سنة ١٨٨٣، والتشريع الهولندى منذ القانون الصادر فى عام ١٨٩٣، والتشريع الشيلى والتشريع السويدى والتشريع النرويجى والدنماركى والنظام الامريكى، والتشريع السويسرى فى حدود معينة[٢].

هل يستطيع أحد أن ينكر تقدم الائتمان فى هذه البلدان؟ وهل يستطيع أحد أن يثبت أن عدم التفرقة بين الاعسار والافلاس أو الأخذ بالافلاس المدنى، قد حالت دون تشجيع الائتمان أو التقدم الاقتصادى فى هذه الدول[٣].

حتى فى البلدان التى تشبث فيها الفقه التقليدى بالتفرقة بين الافلاس والاعسار ومحاربة الأخذ بفكرة الافلاس المدنى قد استشعر القضاء عجز نظام الاعسار فى حماية الدائنين وتشجيع الائتمان ولذلك فقد حاول القضاء اصلاح نظام الاعسار بقدر طاقته وحصر جهوده فى اقامة شئ من المساواة بين الدائنين، والعمل على التضييق على المدين لمنعه من العبث بحقوق دائنيه، غير أن الجهود التى صرفتها المحاكم كانت تصطدم بنصوص تشريعية جامدة لم تجد محكمة النقض الفرنسية مناصاً من نقضها باعلان مخالفتها للقانون مع اعترافها بفائدتها ولزوم الأخذ بنتائجها. ثم استمرت المحاكم فى محاولتها بأن لجأت إلى الدعوى البوليصية وأرادت أن تتخذ منها وسيلة لتحقيق بعض المساواة بين الدائنين وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية فى بادئ الأمر هذا الوضع، ولكنها لم تلبث أن استقرت على قصر فائدة الدعوى

---

(١) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٧٢ ص ٩٥.

(٢) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٤١.

(٣) J. L. Vallens. la faillete civile, une institution du droit local d'Alsace et de Moselle, la Semaine juridique 19 Avril 1989 No. 3387 No. 25.

على الدائنين الذين رفعوها أو تدخلوا فيها وبشرط أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه[1].

لم يستطع القضاء الفرنسي اذن اصلاح مثالب الاعسار أو الحد منها غير أن هذا لم يقعد الفقهاء الفرنسيين عن مواصلة المناداة بوجوب الاصلاح. وذهب نفر منهم إلى أن خير وسيلة لبلوغ هذا الهدف رفع القوائم التى تفصل بين الافلاس والاعسار وبتطبيق الافلاس على كل مدين يعجز عن أداء ديونه تاجراً كان أم غير تاجر. فنشأت بذلك فى فرنسا مسألة الافلاس المدنى "La Faillete civile" قد ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة وضع نظامين لتصفية أموال المدين الذى يعجز عن الدفع، أحدهما لغير التجار وموضعه القانون المدنى، والآخر للتجار ومحله القانون التجارى[2].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسى فقد تأثر كثيراً بصدور قانون الافلاس الألمانى عام ١٨٧٧ وأخذه بنظام الافلاس المدنى، ولذلك قد قدم إلى البرلمان جملة مشروعات بقوانين تهدف إلى اصلاح نظام الاعسار تارة، وإلى الأخذ بنظام الافلاس المدنى تارة أخرى. ولكن نجد أن المشرع الفرنسى تشبث بتقاليده القانونية ولم يشأ نقل نظام الافلاس إلى ميدان المعاملات المدنية لاعتقاده بأنه نظام لا يصلح لمثل هذا الميدان[3].

وعلى الرغم من نفور المشرع الفرنسى من نظام الافلاس المدنى فقد اضطر فى بعض الظروف إلى التدخل لتطبيق نظام الافلاس على المدينين غير التجار، مثل قانون أول يوليو ١٨٩٣ الذى يقضى بتطبيق بعض قواعد الافلاس على تصفية شركة قناة بنما. وقانون أول أغسطس ١٨٩٣ الذى أضاف إلى المادة ٦٨ من القانون الصادر فى ٢٤ يوليو ١٨٦٧ والخاص بتنظيم شركات الأموال فقرة جديدة تنص على أن «شركات التوصية وشركات المساهمة التى تنشأ فى الأشكال التجارية تعتبر شركات تجارية وتخضع للقواعد والعادات التجارية مهما كان موضوع الشركة». ثم أضافت المادة ٣ من قانون ٢٧ مارس عام ١٩٢٥ إلى هذا الوضع الشركات ذات المسئولية المحدودة[4].

وقد استمر الحال على هذا المنوال إلى أن اتسع نطاق الائتمان المدنى وتغيرت أهدافه وأصبح ائتماناً انتاجياً فى معظم حالاته. كما أهتم القانون التجارى

---

(١) P. de Lestapis, La notion juridique de crédit, avec préface de J. Bonnecase, L.G.D.J. 1941, p. 230 et S.

(٢) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٠ ص ٣٨، ٣٩ وانظر أيضاً:
J. L. Vallence, Op. Cit.

(٣) محسن شفيق، المرجع السابق، فقرة ٢٣ ص ٤٤.

(٤) انظر في تفاصيل اكثر محسن شفيق ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ص ٤٦ . قارن ما نصت عليه المادة ٢/١٠ من القانون التجاري الجديد الصادر في عام ١٩٩٩ والتي تنص على أن يكون تاجرا (كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من اجله) .

من جانبه بالائتمان الاستهلاكى وبالتالى تداخلت الأدوار بين القانون المدنى والقانون التجارى ونتيجة لهذه التطورات والتغيرات اتضح أن للائتمان طبيعة واحدة وان الاختلاف يكمن فى الدرجة أو فى النطاق[1]، ولذلك نهضت حركة تشريعية معاصرة لحماية المستهلك فى نطاق الائتمان[2].

ولقد بلغ التطور اشده مما أدى إلى أن يخرج المشرع الفرنسى عن تحفظه التقليدى ويأخذ صراحة بنظام الافلاس المدنى فقد صدر قانون رقم ٨٩-١٠١٠ فى ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ والخاص بتوقى وتنظيم الصعوبات المرتبطة بزيادة حجم الديون الخاصة بالأشخاص والعائلات. هذا القانون يعتبر تنظيماً صريحاً لفكرة الافلاس المدنى[3].

وبهذا التشريع الأخير تكتمل حلقات التطور التى تؤكد وحدة طبيعة الائتمان، وتدعو فقه القانون الخاص إلى إعادة النظر فى الفصل التام بين الائتمان المدنى، والائتمان التجارى، والاهتمام بدراسة القانون الخاص الاقتصادى لمواجهة ما يستجد من تطورات.

وإذا كانت هذه هى الحقيقة الناصعة، فانه ليس هناك محل للتعلق بأهداب مدرسة قانونية بعينها، أو التحفز لفرع تخصص بذاته، وانما يجب البحث عن وسائل قانونية تتفق وجسامة المهمة الملقاة على عاتقنا، وتواكب السياسة الاصلاحية الشاملة، ومن بين أهم هذه الوسائل تنظيم الافلاس المدنى فى التقنين المصرى.

المطلب الخامس

الحق فى الحبس

« Le droit de retention »

تمهيد: ان الحق فى الحبس يعتبر استجابة طبيعية للفطرة الإنسانية فمن الطبيعى أن أول ما يخطر للدائن، ان كان مديناً فى نفس الوقت بأداء شئ لمدينه، هو أن يحبس ما فى يده حتى يقضى له حقه. كما أن الحق فى الحبس يعد أيضاً استجابة لاعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية، حيث أنه ليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدى إليه ما التزم به من أداء قبل أن يوفى هو بدينه

ولهذه الأساب نجد أن الحق فى الحبس يرجع تاريخه إلى عهد قديم، إلى القانون الرومانى، ففى هذا القانون كان الحائز لعين لا يملكها وهو يعتقد أنها ملكه، إذا أنفق مالاً على حفظها أو فى تحسينها، وأراد المالك أن يسترد العين، أعطى البريتور الرومانى للحائز دافعاً بالغش Exceptio doli يدفع به دعوى الاسترداد

---

(١) انظر مؤلفنا السابق، نحو قانون خاص بالائتمان، ص ٢٢١ وما بعدها.

(٢) انظر المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

(٣) انظر

J. O. 2 Janvier 1990; Aussi La Semaine Juridque, 17 janv. 1990. No. 63451.

حتى يسترد ما صرفه فى حفظ العين وفى تحسينها. ولذلك أعطى هذا الدفع بالغش فى العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة، إذا أنفق المودع عنده مالاً على الوديعة، وكان له الحق فى استرداد ما أنفق.[1]

ولكن التنظيم القانونى للحق فى الحبس لم يقف عند هذه الفكرة البديهية وانما التطور قد صقل هذه الوسيلة وأدى إلى بلورة نظام متكامل له فى التشريعات الحديثة. وعلى ذلك سوف ندرس أولاً فكرة الحق فى الحبس، ثم نعرض بعد ذلك للنظام القانونى فى الحبس. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

١ - فكرة الحق فى الحبس

إذا كانت القاعدة أن جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون، فإنه من المتفق عليه أن هذا التقدم لا يكون إلا بناء على اتفاق، كالرهن الرسمى أو الحيازى، أو حكم، كحق الاختصاص، أو نص القانون، كحقوق الامتياز. غير أنه أمكن الخروج على قاعدة المساواة بين الدائنين نتيجة وجود أحد الدائنين فى مركز متميز لم يسع إليه وإنما وجد فيه مصادفة. فإذا كان القانون يمنح صراحة لأحد الدائنين أولوية معينة لصفة فى الدين كحقوق الامتياز، إلا أنه فى بعض الأحيان يسمح لأحد الدائنين أن يستمد من أمر واقع ضماناً للوفاء بحقه. فالدائن يستمد مركزه المتميز من مجرد حبس شئ معين فى ظروف وبشروط معينة، يستمد هذا التميز من موقف سلبى محض، من مجرد الامتناع عن تسليم الشئ. ولذلك يجب أن نقف على ماهية الحق فى الحبس وخصائصه، ثم نقوم بعد ذلك بتمييزه عن الأنظمة القانونية التى قد تشتبه به.

أولاً - ماهية الحق فى الحبس وخصائصه :

فى هذا الصدد سنحاول جاهدين وضع تعريف للحق فى الحبس ثم نستخلص بعد ذلك، ما يميزه من خصائص.

١ - تعريف الحق فى الحبس: الحق فى الحبس هو الحق المعترف به، فى بعض الحالات، لأحد الدائنين الذى يلتزم بأداء شئ معين فى حوزته بأن يمتنع عن رده حتى يتم الوفاء بحق نشأ له بمناسبه التزامه ومرتبط به

وقد حاول المشرع المصرى أن يقنن الحق فى الحبس فوضع قاعدة عامة صاغها على النحو التالى تنص المادة ٢٤٦ من التقنين المدنى على أنه «١- لكل من

---

(١) انظر
G. Marty, P. Raynaud droit civil, t, III, V. I les Sûretés, la Publicité foncière, Sirey, 1971, No. 17 B. 13.
وانظر أيضا السنهورى، الوسيط، جـ ١ فقرة ٦٣٦ ص ١١٢٤ وما بعدها.

الذي يلتزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا» «٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع».

والفرض الذي يواجهه هذا النص أن هناك شخصين، أحدهما يحوز أو يحرز شيئاً عليه التزام بأدائه للآخر، ونشأ له، في نفس الوقت حق قبله بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به. والنتيجة المنطقية يكون له أن يحبس الشيء الذي يلتزم بأدائه إلى أن يوفى له حقه. مثل ذلك المودع عنده له أن يحبس الشيء المودع حتى يستوفي ما أنفقه في حفظه.

وقد أصبح الحق في الحبس من المبادئ المستقرة في التشريعات الحديثة بالرغم من خروجه على قاعدة أنه «لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه» «Nul ne peut se faire justice à sci-même» إذ أن القانون الحديث يدين دائماً كل محاولة لإقامة العدالة الخاصة. لكن بما أن الحق في الحبس لا يشكل إلا موقفاً سلبياً يتمثل في مجرد الامتناع عن أداء شيء معين، لذلك فإنه لا يمثل في ذاته أي إخلال بالسلم والأمن في المجتمع. علاوة على أن اعتبارات العدالة ومقتضيات حسن النية تنهض كأساس قوي لهذا الحق»[1].

فالحق في الحبس يعكس رد فعل طبيعي وعميق لدى الانسان. فلدى الدائن، الذي لم يستوف حقه، قناعة ثابتة بأنه عند ممارسته للحق في الحبس إنما يباشر نوعاً من القصاص العادل. فانه ليس من المقبول أن يعاقب الانسان على سلوك أقرب إلى حق الدفاع الشرعي منه إلى الاعتداء[2].

٢ - **خصائص الحق في الحبس:** الحق في الحبس يعبر عن موقف سلبي ولا يعطي لصاحبه أي ميزة ايجابية، فهو لا يعطي لصاحبه أي امتياز على الشيء المحبوس. كما أن الحق في الحبس يعتبر وسيلة من وسائل الضمان، ووسيلة من وسائل الضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ولنر تفصيلاً هذه الخصائص.

(أ) الحق في الحبس لا يعطي لصاحبه أية ميزة ايجابية :

فالحق في الحبس لا يتضمن أية خاصية ايجابية. فليس لصاحبه حق الافضلية أو حق التتبع. كما أن صاحبه لا يستطيع أن يستعمل الشيء الذي في

---

(١) G. Marty, P. Raynaud, Op. Cit., No. 17 p. 13.

(٢) N. Catala-Franjou, de la nature juridique de droit de retention, Rev, trim. dr. civil 1967. No. 1 p. 11.

حوزته أو فى حيازته. وبصفة عامه لبس سحابس از ستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية للشئ. وذلك فان الحق فى احبس لا يعتبر حقاً عينياً[١].

فالميزة الوحيدة التى قررها القانون للحابس هى ميزة سلبية محضة، هى الرخصة فى القول «لا» لكل من يطالب بتسليم الشئ حتى يستوفى حقه الذى نشأ بمناسبة التزامه بأداء الشئ ومرتبط به، وذلك إذا توافرت شروط معينة.

(ب) مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت حق امتياز عليه (م ٢/٢٤٧ مدنى مصرى):

ان الحق فى الحبس يستمد كل قوته من حيازة الشئ والسيطرة عليه[٢] دون أن يثبت للحابس حق امتياز على هذا الشئ. فليس للدائن الحابس حق الأفضلية أو التتبع، بالمعنى المقصود فى الحقوق العينية التبعية.

وعلى ذلك فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشئ لاستيفاء حقه من ثمنه بالأفضلية على الدائنين الآخرين. وإذا قام الحابس بالتنفيذ على الشئ المحبوس بوصفه دائناً عادياً ليس له أن يرفض تسليم الشئ إلى من يرسو عليه المزاد. إذ أن قيامه باجراءات التنفيذ يتضمن استعداده لتسليم الشئ. ويقتصر حقه على الدخول فى التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين.

ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن فى الحق فى الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشئ المحبوس. فإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشئ المحبوس، كان له أن يحبسه عن الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه. وحتى يكون التنفيذ مجدياً، سيضطر الدائنون المنفذون إما إلى وفاء دين الحابس وإما تخصيص جزء من الثمن الذى رسا به المزاد لقضاء هذا الدين، وخاصة إذا كانت قيمة العين المحبوسة أكبر بكثير من دين الحابس. وبذلك يكون الدائن الحابس فى مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التى تمتع بها على إثر حبسه للشئ.

كما أن تصرف المدين فى الشئ المحبوس، والحبس لا يحول دون ذلك، يخرجه من ملكه، وبالتالى من ضمانه العام، ولذلك لا يجوز للدائن أن ينفذ عليه رغم بقاء الشئ فى يده. كما لا يستطيع الدائن الحابس، وهو دائن عادى، أن يتتبع الشئ فينفذ عليه بما له من حق بعد انتقال ملكيته إلى المتصرف إليه. لكن كل ما له أن يمتنع عن تسليم العين إلى المتصرف إليه حتى يستوفى حقه كاملاً. وقد يضطر

---

(١) انظر على عكس ذلك

R. Rodière, Note sous cass. ler civil 22 mai 1962. D. 1965, 60.

حيث يرى أن الحق فى الحبس أثر من آثار الحيازة وبالتالى لا يكون إلا حقا عينيا قابل بطبيعته للاحتجاج به فى مواجهة الكافة وأن غياب حق الأفضلية والتتبع لا يعتبر أمرا حاسما.

(٢) نقض ١٩٨٩/١/١٨ س ٤٠ ص ١٩٨ « ... والقانون أعطى هذا الحق للحائز مطلقاً ».

المتصرف إليه في سبيل أن تخلص له الملكية إلى الوفاء بدين الحابس، والرجوع بما دفع على المدين المتصرف وفقاً للقواعد العامة وبذلك يكون الحق في الحبس قد أثمر كوسيلة للضمان وللضغط في حصول الدائن الحابس على حقه.

(جـ) الحق في الحبس وسيلة للضمان تتبع قانون الائتمان:[١]

من الخصائص الهامة التي يجب ابرازها، في هذا الصدد أن الحق في الحبس لا يقتصر على قانون العقود فحسب وإنما يمتد ليشمل كافة الالتزامات غير التعاقدية الأخرى[٢] كما أن الحق في الحبس يعمل في الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود فالحق في الحبس ليس مقصوداً في ذاته وانما ليعمل على ضمان الوفاء بالتزام معين.

وكذلك من المتصور، من الناحية النظرية، ألا يكون دائماً التزام الحابس الذي نشأ بمناسبته حقاً له ومرتبط به التزاماً باعطاء، بل يمكن أن يكون إلتزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل[٣]، ولكنه متعلق بشئ.

لكن مما تجدر الاشارة أنه ليس كل التزام يمكن أن ينشأ عنه حق في الحبس فوجود التزام يعد شرطاً ضرورياً حتى يكون الحبس مشروعاً، ولكنه ليس وحده كافياً، إذ يلزم، علاوة على ذلك، أن يكون هناك علاقة بطريقة أو بأخرى، بين هذا الالتزام ومحل التزام الحابس، وهذه العلاقة هي المعيار الذي يتحدد على ضوئه الالتزامات المضمونة بالحق في الحبس.

ويرى الفقه والقضاء أن هذه العلاقة تتمثل في الارتباط La Connexitè بين التزام الحابس وحقه الذي نشأ له بمناسبة هذا الالتزام ولكن لا يشترط في هذه العلاقة أن تكون علاقة سببية بين الالتزامين كما سوف نرى فيما بعد.

وهذا الارتباط قد ينشأ نتيجة لوجود علاقة تبادلية Interdépendance هذه العلاقة التبادلية قد يكون مصدرها عقد أو قد لا يكون هناك عقد على الاطلاق. كما أن هذا الارتباط قد يكون نتيجة لمجرد احراز الشئ أو حيازته على النحو الذي سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

---

(١) نقض ١٩٩٢/١/٢٩ س ٤٣ ص ٢٥٦ « فالحق في الحبس وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء ». وانظر مؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الاشارة إليه ص ٣٣ وما بعدها

(٢) أنظر في تفصيل ذلك السنهوري، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٤٢، ص ١١٤٠، ١١٤١

(٣) انظر.

N. Catala-Franjou. Op. Cit., No. 4 p 17

وانظر أيضا اسماعيل غانم، المرجع سبق، فقره ١١، ص ٢٤٣

وقد استشعر المشرع المصرى هذه الوظيفة للحق فى الحبس فنظمه تحت عنوان «احدى وسائل الضمان: الحق فى الحبس» بل أكثر من ذلك نجد أن المادة ٢٤٦/أ مدنى تعطى «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض للوفاء بالتزام ترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا». فهذا النص يكشف اعتراف المشرع بما لحق الحبس من وظيفة ضمان. فنجده قد أعطى للحابس الخيار بين الحق فى الامتناع عن الوفاء بالتزامه إلى أن يستوفى ما له من حق نشأ له بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به، أو الحصول على تأمين كاف، شخصى أو عينى لضمان الوفاء بهذا الحق. فبذلك يكون المشرع قد وضع حق الحبس فى منزلة التأمينات. بالرغم من أنه ليس تأميناً بالمعنى الفنى الدقيق، لما يجمعهما من وظيفة واحدة، وهى وظيفة الضمان[1].

كما أن هذه الوظيفة تفسر لنا ما يتصف به الحق فى الحبس من أنه حق لا يقبل التجزئة، فالحق فى الحبس باعتباره وسيلة ضمان لا يسقط بقبول الدائن الوفاء الجزئى. كما أنه ليس للمدين أن يطالب الحابس بتسليم جزء من الشئ المحبوس مقابل الجزء الذى وفى به. فللدائن أن يحبس الشئ كله إلى أن يستوفى حقه كاملا.

(د) الحق فى الحبس وسيلة من وسائل الضغط على المدين للتنفيذ :

هذه الخاصية تؤكد كذلك أن الحق فى الحبس ليس حقاً عينياً. فإذا كان الحق فى الحبس أثر من آثار الحيازة والسيطرة على الشئ إلا أن ذلك لا يعد بذاته دليلاً على كونه حقاً عينياً فالحابس قبل أن يستخدم هذه الوسيلة من وسائل الضغط لم يكن على الاطلاق صاحب حق عينى على الشئ المحبوس، فهو لم ينازع فى ملكية الغير، ولم يظهر بمظهر المالك عليه بل على العكس بتمسكه بالحق فى الحبس فإنه يقر بالتزامه بالتسليم. كما أن ذلك يعد اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير. فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشئ بصفته مالكاً له ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة، باعتباره دائناً لم يستوف حقه. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب فى التفكير إلى حد أنه اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس إذ كيف يمكن ذلك مع أنه قد تم بارادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية ايجابية. علاوة على ذلك يمكن اعتبار أن سند الحيازة، الذى كان اتفاقيا، أصبح فجأة قانونيا حيث أنه بفضل ترخيص القانون بقيت هذه الحيازة مشروعة بالرغم من أنها ضد رغبة المالك[2].

---

(١) يجب ألا نخلط بين الحق فى الحبس هنا والحق فى الحبس باعتباره أحد السلطات التى يخولها الحق العينى التبعى للدائن المرتهن رهن حيازة ومع ذلك قارن،

J. F. Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution Thèse, Paris 1971 No. 458 p. p. 40 et s.

(٢) N. Catala-Franjou, Op. Cit., op 2 p. 13.

فامتناع الحابس عن تسليم شئ من الواجب الوفاء به حتى يستطيع أن يستوفى حقاً نشأ له بمناسبة التزامه هذا ومرتبط به يعد وسيلة لحمل المدين على الوفاء بهذا الحق[١]. فنتيجة لممارسة هذا الضغط الاقتصادى والنفسى يعد الحق فى الحبس طريقاً خاصاً من طرق التنفيذ، مما جعل طبيعته ونطاقه محلاً للمنازعة من جانب بعض الفقهاء، وان كانت فعاليته خارج نطاق كل شك.

فالحق فى الحبس وسيلة خاصة للضغط، محاولة فظة من جانب الدائن للحصول على حقه بنفسه. ولذلك لم يمنح هذا الحق بطريقة مطلقة وبدون قيد أو شرط وانما أحيط بشروط معينة تحقق الغرض منه وتمنع ما قد ينشأ عنه من سلبيات على النحو الذى سوف نراه.

ثانياً- تمييز الحق فى الحبس عما قد يشتبه به :

الحق فى الحبس يعتبر بالاجماع نظاماً مستقلاً. فنطاق الحق فى الحبس لا يختلط لا بالدفع بعدم التنفيذ ولا بالمقاصة.

١ - الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ :

منطقة التشابه بين النظامين تتحقق عندما يكون هناك التزام محله شئ معين بالذات. ففى هذه الحالة يشترك الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس فى طريقة الاستعمال، فكل منهما يترجم فى الواقع فى واقعة الحبس. لكن هذا التشابه الظاهرى لا يعتبر مؤشراً على التطابق بين النظامين.

فنطاق الدفع بعدم التنفيذ ينحصر فى الالتزامات الرئيسية الناشئة عن عقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع مثلاً. فالدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا بين التزامين بينهما علاقة سببية، حيث يعتبر تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم الشئ المبيع سبباً لتنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن. فاذا لم ينفذ البائع التزامه، كان للمشترى أن يدفع بعدم التنفيذ بينما الحق فى الحبس يعتبر أجنبياً عن نظرية السبب[٢].

---

(١) أنظر بصفة خاصة:
Ph. Gerbay, Moyens de pression privés et exécution du contrat, These Dijon 1976

(٢) أنظر دراسة تفصيلية لاختلاف الفقه فى فرنسا حول نطاق كل من الحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ.
Ph. Pillebout, Op. Cit., No. 3 p. 20 et S.
وانظر حكم محكمة النقض فى ١٩٨٥/١١/٦ س ٣٦ ص ٩٧٢ حيث قضت المحكمة بأن «جرى قضاء هذه المحكمة على أن مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ - وفقاً لما تنص عليه المادة ١٦١ من القانون المدنى - مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد، ومناط ذلك ما اتجهت إليه ارادتهما، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره».

خلاصة القول أنه إذا كان كل من الوسيلتين يتم استعمالها بطريقة متطابقة أى عن طريق الدفع إلا أن ذلك يتم فى مواقف مختلفة تماماً. فالدفع بعدم التنفيذ جزاء لنظرية السبب، بينما السمة المميزة للحق فى الحبس تكمن فى التبعية التى ينشئها هذا الحق بين التزامين ليس بينهما صفة المثلية للدينين.

٢ – الحق فى الحبس والمقاصة :

فى الواقع أن المقاصة تعد وسيلة فنية أعلى بلا جدال من الحق فى الحبس. فالمقاصة طريق من طرق الوفاء. فهى تعطى اشباعاً مباشراً للدائن بينما الحق فى الحبس يعطيه أملاً فى ذلك. هذه النتيجة الحاسمة لا يمكن الوصول إليها إلا طبقاً لخاصية معينة فى الديون المتقاصة، وهى صفة المثلية للدينين.

على العكس بالنسبة للديون غير المثلية، أى خارج نطاق المقاصة، استطاع الحق فى الحبس أن يتطور. ومن هنا جاءت القاعدة التقليدية، والتى فى جوهرها ليست إلا اقراراً للواقع، أن الأشياء المعينة بالذات هى التى يمكن أن تكون محلاً للحق فى الحبس(١).

– وعلى ذلك فحق الحابس ليس إلا الامتناع عن تسليم شئ معين طالما أنه لم يستوف حقه. فنطاق الحق فى الحبس ينحصر فى الحالة التى يجتمع فيها على رأس شخص واحد دين وحق ليس بينهما علاقة سببية، وليسا مثليين، والحق فى الحبس دائماً تابع لحق معين ويشكل لصاحبه الضمان الوحيد الذى تحت تصرفه، كما أن استقلالية الدينين من حيث النشأة يحول دون عمل الدفع بعدم التنفيذ.

٢ – النظام القانونى للحق فى الحبس :

وفى هذا الصدد ندرس شروط الحق فى الحبس وآثاره وانقضاءه وذلك حتى تكتمل أمامنا صورة هذه الوسيلة القانونية.

أولاً– شروطه :

وضع المشرع المصرى نظرية عامة فى الحق فى الحبس، ولم يكتف كما فعلت بعض التشريعات بايراد تطبيقات خاصة ومتفرقة للحق فى الحبس.

ومناط الحق فى الحبس هو أن يوجد على الحابس التزام بأداء شئ معين وينشأ له حق مستحق الأداء بمناسبة هذا الالتزام ومرتبط به. وعلى ذلك لا يكفى أن يكون كل من الشخصين دائناً للآخر ومديناً له، وانما يلزم أن يكون التزام كل منهما

---

(١) انظر فى ذلك:

N, Catala-Franjou, Op. Cit., No. 3 p. 14.

مرتبطا بالتزم الآخر. وعلى ضوء ذلك نجد أن شروط الحق فى الحبس تدول حول مسائل ثلاث. وجود التزام على الحابس بأداء شئ، وحق له مستحق الأداء، وارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشئ.

الشرط الأول: وجود التزام على الحابس بأداء الشئ: وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل سواء فيما يتعلق بطبيعة الشئ محل الالتزام، أو بمالكه، أو بمشروعية وضع اليد على الشئ.

- فبالنسبة لطبيعة الشئ محل الالتزام، فان الأصل لا نهم طبيعة هذا الشئ، إذ أن كافة الأشياء تصلح محلاً لحق الحبس ويستوى فى ذلك العقار أو المنقول. غير أن هنك استثناءات من هذا الأصل العام، فهناك بعض الأشياء التى لا يجوز حبسها. من ذلك الأشياء العامة لأن فى حبسها تعطيلاً للمنفعة العامة التى خصصت لها هذه الأموال. وكذلك الأشياء التى لا يجوز الحجز عليها حيث أن حبسها يترتب عليه تفويت الغرض الذى قصده المشرع من تقرير عدم جواز الحجز عليها.

- أما بالنسبة لمالك الشئ المحبوس فانه فى الغالب يكون هذا الشئ مملوكاً للمدين الذى يحتج الحابس بحقه فى مواجهته. ولا يشترط، فى هذه الحالة، أن يكون الحابس حائزاً لهذا الشئ بنية تملكه، بل يكفى أن يكون الشئ تحت يده ولو كانت حيازته عرضية وقد أكدت المادة ٢/٢٤٦ هذا المعنى بنصها على أن «يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ...» وعلى ذلك فيثبت الحق فى الحبس للمودع عنده، وللمستعير وللفضولى، وللولى أو الوصى على مال القاصر.

ومع ذلك ليس من الضرورى أن يكون الشئ المحبوس مملوكاً للمدين، بل يجوز أن يكون مملوكاً للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه[1].

مثال ذلك أن يقوم الوارث، وهو المالك بحبس عين أوصى المورث بحق الانتفاع بها لآخر حتى يستوفى ما أداه من التكاليف المعتادة والنفقات التى تقتضيها صيانة العين من الموصى له المنتفع، وهو المدين طبقاً للمادة ١/٩٨٩ مدنى[2].

- أما فيما يتعلق بمشروعية وضع اليد على الشئ، فانه يشترط ألا يكون الدائن الحابس قد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريقة غير مشروعة كالسرقة

---

(١) والحق فى الحبس هنا لا يختلط بالدفع بعدم التنفيذ إذ انه لا يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين الإلتزامين، وإنما يكفى أن يكون هناك ارتباط بين حق الحابس والتزامه بأداء الشئ. فمثلاً يجوز لمالك الرقبة أن يمتنع عن تسليم المنقول المنتفع به إلى المنتفع إذا تأخر أو لم يقم هذا الأخير بتنفيذ إلتزامه بجرد المنقول أو التزامه بتقديم كفالة إنظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٥ ص ٢٦٩

(٢) انظر فى هذا المثال اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٢٧ هامش ١.

أو النصب. فقد نصت المادة ٢/٢٤٦ مدني على حرمان حائز الشئ أو محرزه من الحق فى حبسه إذا كان إلتزامه برده «ناشئا عن عمل غير مشروع» وعلى ذلك فمن يسرق منقولاً أو يغتصب عقاراً ثم يقوم بانفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مديناً برده إلى مالكه ودائناً بما أنفق من مصروفات. ولكن ليس له أن يحبس الشئ حتى يستوفى ما أنفق.

وعلى ضوء ذلك فان الحائز سئ النية يكون له الحق فى الحبس إذا لم يكن قد توصل إلي وضع يده على الشئ بطريق غير مشروع. وذلك يرجع إلى أن العبرة، وذلك طبقا لصريح نص المادة ٢/٢٤٦، بأصل وضع اليد لا بنية الحائز. وعلى ذلك فقد يكون الحائز سئ النية يعلم أن فى حيازته اعتداء على حق للغير، ولا يكون التزامه بالرد، مع ذلك ناشئاً عن عمل غير مشروع. مثال ذلك وكيل يظهر بمظهر المالك للشئ الذى تسلمه بمقتضى الوكالة، ويقوم بوصفه مالكاً بانفاق مصروفات عليه، أو مستأجر يبنى فى الأرض المؤجرة دون علم المؤجر، فالتزام كل منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة أو الايجار. ولذلك كان لكل منهما أن يحبس ما فى يده إلى أن يستوفى ما هو مستحق له فى مقابل المصروفات أو البناء[1].

الشرط الثانى: وجود حق للحابس مستحق الأداء: وفى هذا الشرط تتجلى خصائص حق الحابس باعتباره وسيلة ضغط خاصة لحمل المدين على الوفاء بالتزامه، ووسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس.

– فحيث أن الحق فى الحبس وسيلة لحمل المدين على تنفيذ التزامه، لذلك لزم أن يكون للدائن الحابس حق واجب الأداء فى الحال.

وكذلك اشترط فى التزام المدين أن يكون التزاماً مديناً، فلا يجوز الحبس لحمل المدين على تنفيذ التزام طبيعى، لأن فى ذلك اجبار بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام لا جبر فى تنفيذه لانتفاء عنصر المسئولية فيه.

كما اشترط أن يكون حق الدائن الحابس محقق الوجود Certain فإذا كان الذى يدعيه محلاً لمنازعة جدية انتفى حقه فى حبس الشئ الذى التزم بأدائه. فمثلاً لا يجوز للمودع عنده أن يحبس الوديعة حتى يستوفى تعويضاً يدعى أنه يستحقه إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد.

واشترط كذلك أن يكون حق الدائن الحابس مستحق لأداء Exigible[2] ولذلك لا يجوز الحبس إذا كان حقه مضاف إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف.

---

(١) المرجع السابق، فقرة ١٠١ ص ٢٢٩.

(٢) نقض ١٩٩٢/١/٢٩ س ٤٣ ص ٢٥.

على أن مهلة الوفاء التى يمنحها القاضى لا تحول دون استعمال الدائن الحق فى الحبس وكذلك الأمر إذا تبرع الدائن بأجل للمدين، ما لم يثبت هذا الأخير أن تبرع الدائن بمنح أجل له قد تضمن تنازلاً منه عن حقه فى الحبس.

– ومن حيث أن الحق فى الحبس وسيلة لضمان الوفاء بحق الدائن الحابس فقد ترتب على ذلك ما يلى :

لا يشترط فى حق الدائن الحابس أن يكون مقدراً Liquide[1] ولا محل للقياس هنا على المقاصة القانونية، لأن المقاصة طريق من طرق الوفاء، بها ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما. ولذلك اشترط أن يكون الدينان مقدرين. ومع ذلك يجب تقدير حق الدائن الحابس فى خلال أجل معقول، يحدده القاضى ليقوم الدائن بذلك، أو أن يقوم القاضى بنفسه بتقدير هذا الحق تقديراً مؤقتاً حتى لا تطول مدة الحبس.

كما لا يشترط التناسب بين قيمة الشئ المحبوس وبين قيمة حق الدائن الحابس. فيجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيراً[2] وبالمثل يجوز الحبس ولو كان الدائن قد نفذ التزامه تنفيذاً جزئياً[3].

الشرط الثالث: وجود ارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بأداء الشئ:

ان الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشئ يمثل المبرر القوى الذى فرضته مقتضيات العدالة لاستعمال الحق فى الحبس. بل أن هذا الارتباط هو الذى يحدد نطاق الحق فى الحبس. وعلى ذلك فلا يكفى أن يكون للحابس حق فى مواجهة المدين حتى يستطيع ان يستعمل الحق فى الحبس، انما يلزم أن يكون هذا الحق قد نشأ له بمناسبة التزامه بأداء الشئ ومرتبط به

وقد أكدت هذه الحقيقة المادة ١/٢٤٦ مدنى بنصها على أن «لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به...» فاستعمال الحق فى الحبس يستلزم وجود رابطة تربط العين المحبوسة بالدين المحبوس من أجله.

Rapport de connexité entre la dette et la chose - debitum cum re junctun.

---

(١) نقض ١٩٩٢/١/٢٩ السابق الاشارة إليه.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٤ ص ٢٣٥.

(٣) انور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٨٨ ص ٧٧.

(٤) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه لا يحق لمن اودعت عنده سيارة أن يحبسها استيفاء لأجرة السائق التى قام بدفعها بتكليف من المودع (نقض مدنى ٢٧ يونيو ١٩٦٣ مجموعة النقض السنة ١٤ عدد ٢ ص ٩٥٦ رقم ١٣٣) فهنا قد نشأ حق للمودع لديه فى مواجهة المودع ولم يسمح له مع ذلك باستعمال الحق فى الحبس لأن حق المودع لديه لم ينشأ بمناسبة التزامه برد الوديعة، كما أنه ليس مرتبط به.

وليس من الضرورى أن يكون مصدر هذا الارتباط علاقة تعاقدية بين الطرفين، بل يمكن أن يوجد هذا الارتباط خارج نطاق أية علاقة تعاقدية. ولذلك لا يشترط أن توجد علاقة سببية بين حق الدائن الحابس والتزمه برد الشئ. وعلى ذلك نجد أن تعبير «... مترتب عليه بسبب التزام (الحابس) ومرتبط به» الوارد فى نص المادة ١/٢٤٦ مدنى قد تجاوز الغرض الذى قصده المشرع، إذ يكفى أن يكون حق الحابس قد نشأ له بمناسبة التزامه برد الشئ ومرتبط به[1].

هذا الارتباط بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشئ يتخذ احدى صورتين: الارتباط القانونى أو المعنوى، والارتباط الموضوعى أو المادى:

١ - الارتباط القانونى أو المعنوى Connexité juridique ou intellectuelle

ويقوم الارتباط القانونى أو المعنوى إذا وجدت علاقة تبادلية بين الالتزامين، أياً كان مصدر هذه العلاقة.

فقد تنشأ العلاقة التبادلية بمناسبة عقد ملزم لجانب واحد، فمثلاً فى الوديعة بغير أجر يلتزم المودع عنده برد الوديعة إلى المودع، ولكن إذا كان المودع عنده قد أنفق مصروفات لحفظ الوديعة أو لحقته خسارة بسببها فيجوز له حبس الوديعة حتى يستوفى من المودع ما هو مستحق له من مصروفات أو تعويض. وبالرغم من أن التزام المودع فى حالة المصروفات مصدره الاثراء بلا سبب، وفى حالة التعويض العمل غير المشروع، إلا أن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوديعة، فتحقق الارتباط اللازم لقيام الحق فى الحبس. وكذلك فى عقد الوكالة بغير أجر حيث يجوز للوكيل أن يحبس ما فى يده من أشياء يملكها الموكل إلى أن يستوفى ما أنفق فى تنفيذ الوكالة. والتزام الموكل برد ما أنفقه الوكيل فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م ٧١٠ مدنى) لم ينشأ عن عقد الوكالة بل مصدره واقعة الانفاق بوصفها فعلاً نافعاً استفاد منه الموكيل (اثراء بلا سبب) لكن هذا الالتزام قد نشأ بمناسبة عقد الوكالة فتحقق بذلك الارتباط اللازم لقيام الحق فى الحبس.

- وقد توجد العلاقة التبادلية نتيجة لانحلال الرابطة التعاقدية بالفسخ أو البطلان. فعلى إثر فسخ العقد أو بطلانه يتعين على كل متعاقد رد ما تسلمه بموجب العقد المنحل. وفى هذه الحالة يكون لكل منها أن يحبس ما فى يده لضمان تنفيذ التزام الطرف الآخر.

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق فقرة ١٠٥ ص ٢٣٥، ٢٣٦ هامش ٢ حيث يرى أن ورود لفظ «السبب» فى المادة ١/٢٤٦ يرجع إلى خطأ فى ترجمة عبارة á l'occasion et en connexite التى صيغ بها نص المادة ١/٣٣١ من المشروع التمهيدى حيث أن الترجمه الصحيحة لكلمة á l'occasion هى «بمناسبة» وليست بسبب كما جاء فى الترجمة العربية.

– أخيراً قد لا يوجد عقد على الاطلاق، وعلى ذلك تقوم العلاقة التبادلية غير مستندة إلى عقد قائم أو منحل. ففي الفضالة مثلاً يلتزم الفضولي برد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م ١٩٣ مدنى) ومصدر هذا الالتزام هو القانون، وفى نفس الوقت يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة التى تحملها الفضولى وبتعويضه عما أصابه من أضرار بسبب ما قام به من عمل (١٩٥) ومصدر هذا الالتزام هو الاثراء بلا سبب. ولكن لما كان كل من الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الأخر، جاز لكل طرف أن يحبس ما فى يده حتى ينفذ الطرف الآخر التزامه. ومن ذلك أيضاً علاقة الوصى بالصغير عند انتهاء الوصاية. فالوصى يلتزم بتسليم ما فى يده من أشياء مملوكة للصغير وله فى نفس الوقت الحق فى استرداد ما أنفق من مصروفات فى تنفيذ الوصاية فيكون له أن يحبس ما فى يده حتى يستوفى ما هو مستحق له ومثله فى ذلك الولى والقيم.

٢ – الارتباط المادى أو الموضوعى:

– ويقوم هذا الارتباط على واقعة مادية هى حيازة الشئ أو احرازه، أى إذا كانت العلاقة بين من فى يده الشئ وبين من له حق استرداده قد نتجت عن مجرد حيازة الشئ أو احرازه دون أن توجد أى رابطة أخرى تربط بينهما ولذلك يجب حتى يستطيع الحائز أو المحرز أستعمال الحق فى الحبس أن يتحقق الارتباط الموضوعى أو المادى بأن يكون حق الحائز أو المحرز قد نجم عن الشئ ذاته. ويتحقق ذلك فى احدى صورتين: أما أن يكون الحائز أو المحرز قد أنفق على الشئ مصروفات يحق له استردادها، واما أن يكون قد أصابه من الشئ ضرر يستحق عنه تعويضاً.

• ومثل ذلك الصورة الأولى حق الحائز فى حبس الشئ عن مالكه أو من له الحق فى إسترداده حتى يستوفى ما أنفقه على الشئ من مصروفات نافعة وضرورية. وقد عالج المشرع هذه الصورة صراحة فى نص المادة ١/٢٤٦ مدنى والتى تنص على أن «ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فان له أن يمتنع عن رد الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له...» ويثبت الحق فى الحبس للحائز سواء كان حسن النية أو سئ النية، لكن يشترط ألا يكون قد توصل إلى وضع يده على الشئ بطريق غير مشروع على النحو السابق بيانه.

• ومثال الصورة الثانية، إذا فر حيوان من حارسه إلى ملك الجار فسبب له ضررا كان للجار الحق فى حبسه إلى أن يستوفى التعويض المستحق له. ولم ينص المشرع على هذه الحالة، ومع ذلك يجمع الفقه على أنها تدخل فى نطاق الحق فى الحبس لتوافر الارتباط الموضوعى.

- فى بعض الحالات يجتمع الارتباط القانونى والارتباط المعنوى معاً. وهذه هى الحالات التى توجد فيها علاقة تبادلية أياً كان مصدرهـا بين حق الدائن الحابس والتزامه برد الشئ. وهذا هو الارتباط القانونى، علاوة على أن حق الدائن الحابس قد نشأ بمناسبة حيازته للشئ نتيجة لما أنفقه من مصروفات للمحافظة على هذا الشئ. ومثال ذلك حبس الوكيل أو المودع عنده للأشياء التى عهدت إليه بحكم الوكالة أو الوديعة إلى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء.

• وتتجلى أهمية التفرقة بين نوعى الارتباط فى مدى الاحتجاج بالحق فى الحبس. فالحبس المبنى على الارتباط الموضوعى نتيجة ما أنفقه الحابس من مصروفات ضرورية أو نافعة على الشئ يجوز الاحتجاج به على الكافة وذلك لأن هذه المصروفات متجسدة فى الشئ ذاته فيكون للحابس أن يحتج بحقه فى مواجهة كل من يطالب بهذا الشئ. أما فى غير ذلك من حالات الحبس فان نطاق الاحتجاج بالحق فى الحبس يختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف نشأة الحقوق على النحو الذى سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

• كما أن نوع الارتباط الذى يقوم عليه الحق فى الحبس ينعكس على محل الحبس ذاته. ففى الحالة التى يبنى فيها الحبس على الارتباط المادى يقتصر الحبس على الشئ ذاته الذى أنفقت عليه المصروفات أو ترتب عليه الضرر أما فى حالة الارتباط المعنوى أو القانونى والذى يقوم على علاقة تبادلية، أياً كان مصدرها، فان الحق فى الحبس يمتد ليشمل كافة الأشياء التى على الدائن الحابس التزام بأدائها، ولو كان حق الدائن الحابس قد نشأ بسبب مصروفات أنفقت على بعض الأشياء دون البعض الآخر.

- وفى الأحوال التى يجتمع فيها نوعا الارتباط معاً يكون للحابس أن يستند إلى أيهما شاء وفقاً لمصلحته. وتطبيقاً لذلك، فان للوكيل أو المودع عنده أن يستند إلى الارتباط الموضوعى لكى يحتج بحقه على الكافة. ويكون له أن يستند إلى الارتباط المعنوى أو القانونى لكى يستطيع أن يحبس كافة الأشياء التى عهد إليه بها ولو كان ما هو مستحق له مرتبطاً ارتباطاً مادياً بالبعض منها فحسب[1].

ثانياً - آثاره

ان وجود الشئ فى يد الحابس وتحت سيطرته الفعلية يعطى له حقوقاً ويفرض عليه التزامات. ولذلك يجب أن نعرض أولاً لحقوق الحابس، ثم بعد ذلك لالتزاماته، وأخيراً ندرس نطاق الاحتجاج بالحق فى الحبس من حيث الأشخاص.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٨ ص ٢٤١.

١ - حقوق الحابس

هذه الحقوق تعكس خصائص الحق فى الحبس باعتباره وسيلة للضغط لحمل المدين على تنفيذ التزامه، ووسيلة لضمان استيفاء الدائن الحابس لحقه. وهذه الخصائص تتحقق فى الواقع نتيجة لامتناع الحابس عن تسليم الشئ المحبوس إلى مالكه أو من له الحق فى استرداده. كما أن هذا الحق تزداد فعاليته بمدى الاحتجاج به على الغير ونتر ذلك بشئ من التفصيل:

- **الامتناع عن تسليم الشئ:** ان الحق فى الحبس يستمد وجوده وقوته من السيطرة الفعلية على الشئ. ويترجم الحق فى الحبس فى الواقع فى الامتناع عن تسليم الشئ المحبوس إلى مالكه أو إلى من له الحق فى استرداده، حتى يستوفى ما له من حق نشأ له بمناسبة التزامه برد الشئ ومرتبط به فالحابس لم يدع أنه يحتفظ بالشئ بصفة نهائية بصفته مالكاً، ولكن يحتفظ به بصفة مؤقتة باعتباره دائنا لم يستوفى حقه. كما أن الحابس لم ينازع فى ملكية الغير. ولم يظهر بمظهر المالك عليه، إذ بتمسكه بالحق فى الحبس انما يقر بالتزامه بالتسليم، كما يعد ذلك اعترافاً منه بعرضية سنده وبملكية الغير للشئ المحبوس.

- والحق فى الحبس يتمثل فى شكل دفع يدفع به الحابس مطالبة المدين له بالتسليم. وعلى ذلك لا يمكن أن نذهب فى التفكير إلى حد أن الحابس قد اكتسب حقاً من مجرد واقعة الحبس، إذ كيف يتسنى له ذلك مع أنه قد تم بارادة منفردة لم يعطها القانون أية خاصية ايجابية. واستخدام كلمة الحق فى الحبس يرجع إلى أنه بفضل ترخيص القانون بقيت حيازة الحابس مشروعة بالرغم من أنها مخالفة لالتزامه بالرد وأنها ضد رغبة المالك.

ويترتب على ذلك أن الحبس بذاته لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام فهو امتناع مؤقت يبغى الحابس من ورائه الضغط على المدين لحمله على الوفاء بالتزامه. وذلك على عكس المقاصة التى يترتب عليها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما.

- كما أن الحابس لا يبغى من وراء امتناعه المؤقت عن تسليم الشئ إلا ضمان الوفاء بحقه الذى نشأ له بمناسبة التزامه بالرد ومرتبط به فحبس الشئ الذى تحت يده يمثل الوسيلة الوحيدة المتاحة لضمان الوفاء بحقه. ولذلك إذا قام المدين بالوفاء بحق الحابس أو حتى قام بعرض الوفاء به عرضاً حقيقياً يقبله الحابس أو يحكم نهائياً بصحته فقد حقه فى الحبس سبب وجوده، وبالتالى انقضى هذا الحق. لكن لا يكفى أن يودع المدين المبلغ المستحق فى خزانة المحكمة غير

انه إذا كان حق الحابس غير معلوم المقدار جاز للمدين أن يطلب من القضاء الاذن له فى ايداع مبلغ كاف على ذمة الحابس يستوفى منه حقه عند تقديره ويكون للمدين بعد هذا الايداع اجبار الحابس على تسليم الشئ المحبوس.

– ويترتب على أن الحق فى الحبس وسيلة من وسائل الضمان أنه لا يقبل التجزئة. كما أن هذا الحق يفقد سبب وجوده أيضاً إذا قام المدين بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه (م ١/٢٤٦)، ولذلك يستطيع الدائن فى هذه الحالة أن يجبر الحابس على تسليم الشئ المحبوس ما لم يكن التامين غير كاف. وقاضى الموضوع هو الذى يفصل، عند النزاع، فى مدى كفاية التأمين المقدم من المدين. وليس هناك اى شروط اخرى خاصة بنوع التأمين حيث أن النص مطلق فيجب أن يجرى على أطلاقه، ولذلك يستوى أن يكون هذا التأمين تامينا عيناً، كالرهن، أو تامينا شخصياً كالكفالة[1].

٢– إلتزامات الحابس:

– ان الحق فى الحبس لا يعطى لصاحبه أية ميزة ايجابية. وأن سلطات الحابس لا تتعدى مجرد موقف سلبى، مجرد الامتناع عن تسليم الشئ. ولذلك فالحابس لا ينازع المسترد حقه فى الشئ، فان كان الشئ مملوكاً لمدين، ظل المدين مالكاً له رغم بقائه فى يد الحابس لكن وجود الشئ فى يد الدائن الحابس وتحت سيطرته الفعلية يرتب بعض النتائج ويلقى على عاتقه ببعض الالتزامات.

أ – التزام الحابس بالمحافظة على الشئ المحبوس: يلتزم الحابس طبقاً لنص المادة ٢/٢٤٧ مدنى بالمحافظة على الشئ وفقاً لأحكام رهن الحيازة. وهده الاحكام قد وردت فى المادة ١١٠٣ مدنى، وتتلخص هذه الأحكام فى أنه على الحابس أن يبذل فى حفظه وصيانته للشئ المحبوس ما يبذله الشخص العادى من عناية فالتزامه اذن هو التزام يبذل عناية، لا التزام بتحقيق نتيجة. والمعيار فى ذلك بطبيعة الحال معيار موضوعى.

– كما أن الحابس مسئول عن هلاك الشئ أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبى. فإذا أثبت ذلك تحمل المالك تبعة الهلاك وذلك راجع إلى أن حبس الدائن للشئ كان مبرراً لعدم دفع المدين ما عليه من التزام. وهذا ما يفسر أيضاً أن الحابس لا يلزم بتعويض الاضرار الناتجة من امتناعه عن تنفيذ التزامه.

– ومن مقتضى التزام الحابس بالمحافظة على الشئ أنه إذا كان يخشى عليه الهلاك أو التلف أن يحصل على اذن من القضاء فى بيعه وفقاً للاحكام المنصوص

---

(١) القانون المدنى الالمانى يستبعد الكفالة من نطاق هذا التأمين انظر م ٢٧٣ من التقنين المدنى الالمانى.

عنيها في المادة ١١١٩ مدني، ودون أن يعتبر مع ذلك متنازلاً عن حقه في الحبس بل ينتقل هذا الحق إلى الثمن.

- ويترتب على وجود الشئ المحبوس تحت السيطرة الفعلية للحابس وبما له عليه من توجيه ورقابة، أن يصبح هو الحارس المسئول عما يحدثه الشئ من ضرر للغير وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية.

ب - التزام الحابس بتقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس: سبق أن أكدنا أن الحق في الحبس لا يعطى لصاحبه أية ميزة ايجابية فليس له حق الافضلية أو التتبع. كما أنه ليس أن يستعمل الشئ في حوزته أو في حيازته أو أن يستأثر بكل أو بعض المنافع الاقتصادية لهذا الشئ.

ويترتب على ذلك أنه إذا كانت العين المحبوسة تنتج ثمرة أو غلة، فان ما تنتجه يكون من حق مالكها، وأن كل ما للحائز هو حبس تلك الثمار تبعاً لحبس الشئ ذاته. وتبعاً لذلك يقع على عاتق الحابس التزام بتقديم حساب عن غلة الشئ المحبوس إلى المدين وأن يردها إليه إذا ما استوفى حقه. وفي هذا يختلف مركز الحابس عن مركز الدائن المرتهن رهن حيازة الذى له أن يخصم ما حصل عليه من ثمار العين المرهونة، من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله (م ٣/١١٠٤ مدني)، وكما أنه ليس على الدائن الحابس، خلافاً للدائن المرتهن رهن حيازة، التزام باستثمار الشئ المحبوس إلا إذا كان هذا ألاستثمار تقتضيه ضرورة المحافظة على الشئ ذاته[1].

٣- نطاق الاحتجاج بالحق في الحبس من حيث الاشخاص:

إذا كان ليس هناك خلاف على أن الحق في الحبس يتمثل أساساً في رخصة للدائن في أن يمتنع عن تسليم الشئ المحبوس حتى يستوفى ماله من حق وأن هذا الحق لا يعطى لصاحبه أية ميزة ايجابية فليس له حق الافضلية أو التتبع، فالتساؤل البديهى الذى يطرح نفسه هو: على من يستطيع الحابس أن يحتج اذن بهذا الامتناع؟ هذه هي مشكلة الاحتجاج بالحق في الحبس

ولتحديد نطاق هذا الأحتجاج من حيث الاشخاص فان هناك تفرقة بديهية، تفرض نفسها، بين الخلف العام والدائن العادى من ناحية وبين الخلف الخاص من ناحية أخرى.

---

(١) أنظر إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٢ ص ٢٤٨ وقارن السنهوري، الوسيط، جـ ٢ ، فقرة ٥٧٧ ص ١١٨٥، ١١٦ ، أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ١٠٠ ص ٨٩، ٩٠ ، عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق فقرة ١٨٠ ص ٢٠٢.

– **فبالنسبة إلى الخلف العام والدائن العادي،** فكما أن للدائن الحابس أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة المدين الذي يطالب بتسليم الشيء، فانه لم كذلك أن يحتج بهذا الحق في مواجهة خلفه العام ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام أو الدائن العادي، أيا كان تاريخ دينه، أكثر مما كان للسلف أو المدين من حقوق.

لكن مما تجدر ملاحظته أن الاحتجاج بحق الحبس على الدائنين العاديين لا يعني أن للدائن الحابس أن يمنعهم من التنفيذ على الشيء المحبوس في يده، لان الحبس لا يجرد المدين من ملكيته لهذا الشيء، وبالتالي لا يخرجه من الضمان العام للدائنين. في الواقع أن المقصود بالاحتجاج بالحق في الحبس على الدائنين العاديين هو أن للدائن الحابس أن يمتنع عن تسليم الشيء حتى بعد قيام الدائنين الاخرين بالتنفيذ، فيكون له بالتالي أن يمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد إلى أن يقضي له حقه كاملاً. وهذا يكشف عما يتمخض عنه الحق في الحبس من مركز متميز للدائن الحابس بالنسبة لباقي الدائنين. كما يكشف عن جوهره باعتباره وسيلة ضمان في الوقت الحاضر[1]

– **أما الخلف الخاص للمدين،** فهو من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقاً عينياً عليها، كالمشتري والدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع. وفي هذا ما يؤكد ما سبق أن قلناه من أن الحبس لا يعطل حق المالك في التصرف في ملكه، فله أن يبيع العين وهي محبوسة في يد الحائز وله أن يرتب عليها حق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية[2].

فبالنسبة لمسألة الاحتجاج بالحق في الحبس في مواجهة الخلف الخاص فان الامر يقتضي التفرقة بين الحبس المبني على الارتباط الموضوعي أو المادي بسبب انفاق مصروفات على الشيء ذاته، وبين صور الحبس الاخرى

(١) فالحبس المبني على الارتباط الموضوعي بسبب انفاق مصروفات على الشيء ذاته يحتج به على الكافة. إذ أن انفاق المصروفات قد أفاد الشيء ذاته ومتجسد فيه، فيكون من المنطقي أن يتمسك الحابس بحقه في الحبس في مواجهة كل من يطالب باسترداد هذا الشيء ويستوي في ذلك أن يكون الشيء من المنقولات أو من العقارات ويستوي أن يكون حق الخلف الخاص قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس أم بعده. فالحابس يعتبر دائناً بهذه المصروفات في مواجهة كل من يطالب باسترداد الشيء المحبوس.

---

(١) قارن ما للحق في الحبس من قوة بالنسبة للتأمينات العينية في ظل قانون الافلاس الصادر في فرنسا في ٢٥ يناير ١٩٨٥، انظر:

PH. Malaurie L Aynès Droit civil, les Sûretés, droit du crédit, 2 edit 1988, éd Cujas no. 214 p. 1.8.

وانظر مؤلفنا في الضمانات غير المسماة السابق الاشارة إليه ص ٣٣ وما بعدها.

(٢) انظر السنهوري. الوسيط. جـ ٢ فقرة ٦٧٤، ص ١١٨٠

(٢) أما فى الصور الاخرى فى الحبس، فيفرق بين ما إذا كان الشى المحبوس عقاراً أو منقولاً.

فاذا كان الشئ المحبوس عقاراً، فأن من تلقى ملكية هذا الشئ أو أى حق عينى آخر عليه، يجب عليه أن يشهر حقه حتى يستطيع أن يحتج به فى مواجهة الكافة وعلى ذلك فعلى المشترى أن يقوم بتسجيل حقه وعلى الدائن المرتهن أن يقيد هذا الحق فان كانوا قد شهروا حقوقهم على هذا النحو قبل أن يثبت للحائز حق فى حبس العين، فان الحق فى الحبس لا يسرى فى مواجهتيم[١]، وبالتالى لا يستطيع الدائن الحابس أن يحبس عنهم العين. وان كانوا قد شهروا حقوقهم بعد أن ثبت للحائز الحق فى حبس العين فان هذه الحقوق العينية لا تنفذ فى حق الحابس، وبالتالي يستطيع الدائن أن يتمسك بحقه فى الحبس فى مواجهة المشترى والدائن المرتهن أو أى صاحب حق عينى آخر، حتى يستوفى حقه. وهذا بديهى حيث أنه ليس للخلف الخاص من الحقوق أكثر مما كان للمدين وقت أن تلقى الحق عنه، ولم يكن للمدين أن يتسلم الشئ المحبوس إلا بعد أن يوفى للدائن الحابس ماله. علاوة على ذلك فان فى وجود الشئ فى يد الدائن الحابس اعلاناً كافياً، فلا يقبل من الغير أن يدعي جهله بالعلاقة القائمة بين الدائن الحابس والمدين[٢].

وهذه التفرقة يفرضها المنطق السليم، حيث أنه لو سمح للحابس بأن يحتج بحقه فى مواجهة الخلف الخاص، كالدائن المرتهن مثلاً، ولو كان حقه سابقاً ونافذاً قبل نشوء الحق فى الحبس لأدى ذلك إلى الاخلال بالثقة الواجبة فى نظام الائتمان[٣] إذ يترتب عليه تخويل الدائن الحابس افضلية فعلية على الدائن المرتهن لا يتمتع بها من يقرر له رهن على العقار بعد قيد الرهن الأول. كما أن تضييق نطاق الاحتجاج بالحق فى الحبس إلى حد قصره على المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، دون الخلف الخاص من شأنه أن يفقد الحق فى الحبس قيمته العملية إذ يكفى لكى يتخلص المدين من آثار الحبس أن يقرر على الشئ حقاً للغير فيسلب الحائز حقه فى الحبس.

أما إذا كان الشئ المحبوس منقولاً، فان الحق فى الحبس يسرى فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية بعد الحبس، ويسرى كذلك فى حق من ترتبت لهم حقوق عينية قبل الحبس إذا كان الحابس حسن النية أى لا علم له بهذه الحقوق لان الحبس يتضمن الحيازة والحيازة بحسن نية فى المنقول لها هذا الاثر كما هو معروف[٤].

---

(١) نقض ١٩٨٥/١٢/٣١ س ٣٦ ص ١٢٥٨.
(٢) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٥١.
(٣) انظر عكس ذلك عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٧٦، ص ١٩٩.
(٤) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٨٠.

- **مشكلة المالك غير المدين** - وتعرض هذه المشكلة عندما لا يكون المدين مالكاً للعين المحبوسة ويطالب المالك باستردادها، فهل يجوز للدائن الحابس أن يحتج بحقه فى الحبس على المالك غير المدين بالحق الذى يطالب به؟

مثال ذلك أن يكون الشئ تحت السيطرة الفعلية لشخص أخر غير المالك ويسبب هذا الشئ ضرراً للغير، فسيكون المسئول عن تعويض هذا الضرر هو الحارس طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية وعلى ذلك هل يجوز للمضرور أن يحبس الشئ فى مواجهة المالك، وهو ليس مديناً بشئ، إذا طالب باسترداده؟. ومثال آخر من القضاء الفرنسى، تتلخص وقائعه فى أن هناك حارساً على منقول قد تم تعيينه من قبل القضاء حتى الفصل فى النزاع بين شخصين على هذا المنقول. وقد حكم بملكية هذا المنقول لأحدهم، بينما حكم على الاخر بمصاريف الحراسة. فعندما طالب المالك باسترداد المنقول، كان الثانى يرفض دفع ما عليه من دين للحارس، فاضطر الحارس إلى رفض التخلى عن المنقول لمالكه حتى يضمن الحصول على حقه بالرغم من أن هذا المالك ليس مديناً له بشئ. وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف، وذلك على اعتبار أن للحابس أن يحتج بحقه فى الحبس فى مواجهة المالك رغم عدم مسئوليته عن الدين(١).

أما بالنسبة لموقف الفقة فقد كان هناك بعض الفقهاء من يرى لمكانية الاحتجاج بالحبس فى مواجهة المالك برغم عدم مسؤليته الشخصية عن الدين الذى يطالب به الحابس(٢) وعندما صدر الحكم السابق لمحكمة النقض الفرنسية قد أيده بشدة بعض الفقهاء وذلك على أساس أن الحق فى الحبس حق عينى يمكن الاحتجاج به على الكافة(٣) بينما أرجع بعض الفقهاء الاحتجاج المطلق بالحق فى الحبس إلى أنه يعتبر وصف يلحق بالالتزام، نوع من الاجل القانونى يوقف تنفيذ الالتزام بالتسليم إلى وقت غير معين. فالالتزام بذاته قد لحقه تعديلاً كأثر للقانون ولارادة الحابس. هذا التعديل غير الاتفاقى لحق الالتزام ذاته بطريقة موضوعية وبصرف النظر عن المستفيد. هذا الارجاء لاستحقاق الالتزام ينفذ فى حق كل من يطالب بالوفاء به(٤). كما أن هناك الارتباط الموضوعى بين حق الحابس والشئ المحبوس. والحق فى الحبس دفع قابل للاحتجاج به فى مواجهة الكافة لان فعالية الضمان الذى يقدمه هذا الحق مرتبط بهذا الاحتجاج(٥).

فى مصر يذهب الفقه إلى عدم جواز الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة المالك غير المدين. فلا يجوز للمضرور أن يحبس الشئ إلا فى مواجهة الحارس.

---

(١) Cass, Civ. ler 22 Mai 1962, Bull. 1962. I, p.231.

(٢) Cass. civ. 133 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodière.

(٣) Cass. civ. ler 22 Mai 1962, D. 1965, 58, not R. Rodiére.

(٤) N. Catala - Franjou, Op. Cit., no. 23, p. 38.

(٥) N. Catala - Franjou, Op. Cit., no. 23. p. 39. Moratorium.

أما المالك، وهو ليس مديناً بشئ، فلا يحتج عليه بالحبس[1]. كما أنه ليس للمقاول من الباطن أن يحبس العين عن المالك بما له من حق فى ذمة المقاول الاصلى، ما دام المالك ليس مديناً للمقاول من الباطن ولا للمقال الاصلى[2].

ونحن نرى أنه يجوز الاحتجاج بالحق فى الحبس فى مواجهة المالك غير المدين للحابس، وذلك لان الدفع بالحبس، كما هو واضح فى هذه الامثلة، مبنى على الارتباط الموضوعى أو المادى بين دين الحابس والشئ المحبوس.

ثالثاً: انقضاؤه

سبق أن رأينا أن الحق فى الحبس يمثل وسيلة من وسائل الضمان إذ أنه يعمل فى الغالب على ضمان الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، وذلك يبرز تبعية الحق فى فى الحبس للالتزام المضمون. كما أن الحق فى الحبس يمثل وسيلة ضمان بدائية حيث أنه يستمد وجوده وقوته من مجرد حيازة الشئ والسيطرة الفعلية عليه. هذه الخصائص التى يتصف بها الحق فى الحبس تنعكس تماماً على طرق انقضائه. ولذلك نجد أن الحق فى الحبس ينقضى بطريقة تبعية تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون، كما أنه ينقضى بطريقة أصلية، استقلالاً عن الالتزام المضمون وذلك إذا فقد سبب وجوده.

١- انقضاء الحق فى الحبس بطريقة تبعية:

لما كان الغرض الاساسى من الحق فى الحبس هو ضمان استيفاء الحابس لحقه، أى أن الحق فى الحبس حقاً تابعاً للالتزام المضمون، فانه ينقضى تبعاً لانقضاء الالتزام المضمون. فلو انقضى حق الحابس بالوفاء أو بما يقوم مقام الوفاء، كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الذمة، انقضى الحق فى الجبس بالتبعية لذلك. وكذلك قد ينقضى الحق فى الحبس بانقضاء الحق المضمون بغير وفاء أصلاً كما لو أبرأ الدائن الحابس المدين من الدين أو إذا انقضى الدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى. مع ملاحظة أن الالتزام المضمون بالحق فى الحبس لا ينقضى بالتقادم طالما ظلت العين المحبوسة فى يد الحابس لان ذلك يعد اقراراً ضمنياً بالدين من جانب المدين من شأنه أن يقطع التقادم الخاص به. كما أن الوفاء الجزئى لا يؤدى إلى انقضاء الحق فى الحبس. لان الحق فى الحبس لا يقبل التجزئة إذ يكون للحابس أن يحتبس جميع العين حتى يستوفى حقه كاملاً.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١١٣ ص ٢٥٠.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٧٤ ص ١١٨١ هامش ٢.

٢- انقضاء الحق فى الحبس بطريقة أصلية:

وينقضى الحق فى الحبس هنا بطريقة أصلية استقلالاً عن انقضاء الالتزام المضمون إذا فقد سبب وجوده، كتقديم تأمين، كاف للوفاء بالالتزام المضمون، أو هلاك الشئ المحبوس، أو خروجه من يد الحابس خروجاً ارادياً. ولنر ذلك:

أ - تقديم تأمين كاف للوفاء بالالتزام المضمون بالحق فى الحبس، فوفقاً لنص المادة ١/٢٤٦ مدنى يلتزم الحابس بتسليم العين المحبوسة إلى مالكها أو من له الحق فى استردادها إذا قدم له هذا الأخير تأميناً كافياً للوفاء بالتزامه. إذ فى هذه الحالة ينتفى الغرض من الاستمرار فى حبس العين.

ب - هلاك الشئ المحبوس، فالحق فى الحبس يستمد سبب وجوده وقوته من مجرد حيازة الشئ أو السيطرة عليه. ولذلك نجد أن الدائن الحابس يستمد ضمانه من هذا الواقع. فمن البديهى أن ينقضى الحق فى الحبس فى حالة هلاك الشئ المحبوس لانعدام المحل.

لكن إذا كان هذا الهلاك بفعل الحابس كان مسئولاً عن تعويض المالك عنه. أما إذا كان هذا الهلاك لسبب أجنبى فانه يهلك على مالكه، ولكن هناك تساؤلاً يطرح نفسه وذلك فى حالة ما إذا كان الشئ الهالك مؤمنا عليه، أو كان الهلاك راجعاً إلى فعل الغير هل ينتقل الحق فى الحبس إلى مبلغ التأمين أو التعويض المستحق فى هذه الحالات؟

غالبية الفقهاء ترى ان حق الحابس يتعلق بمبلغ التأمين أو التعويض طبقاً لنظرية الحلول العينى[(١)]، بينما يرى البعض عدم جواز ذلك لأن الحلول العينى لا يستقيم مع الاعتبارات التى يقوم عليها الحق فى الحبس[(٢)].

ونحن نؤيد الرأى الثانى وذلك لان الحق فى الحبس يستمد من الامر الواقع، من حيازة الشئ والسيطرة الفعلية عليه، وأن الضمان الذى يعطيه للحابس لا يستند إلى حق عينى تبعى وانما يرجع إلى تميز فعلى لا قانونى للدائن الحابس على باقى الدائنين. ولذلك لا يجوز القياس على المادة ١٠٤٩ مدنى والتى تجعل الحق العينى التبعى يتعلق بمبلغ التعويض أو التأمين لأن وظيفة التأمين العينى المستند إلى حق عينى تبعى تقتضى التوسع فى نطاق الأفضلية بحيث لا يقتصر على الثمن بل

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٦٨٤ ص ١١٩٣، أنور سلطان: المرجع السابق، فقرة ١٠٥ ص ٩٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٢٠٤.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٢.

يشمل كل مقابل نقدى أيا كانت الصورة التى تمثل فيها[1]. ولا محل لهذا فى الحق فى الحبس فهو لا يخول الدائن أولوية فى استيفاء دينه[2].

جـ - خروج العين من يد الحابس خروجاً ارادياً، فينقضى الحق فى الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه (م ٢٤٨/ ١) كما لو سلم الشئ إلى المالك أو إلى خلفه الخاص إذا تصرف المالك فيه أو إلى الراسى عليه المزاد عند تنفيذ الدائنين على الشئ المحبوس.

وانقضاء الحق فى الحبس بالتخلى الاختيارى يرجع إلى أن الحق فى الحبس يقوم على أساس وضع اليد على الشئ، فينقد بفقد اليد. وليس أساسه انصراف ارادة الدائن الحابس إلى التنازل عن الحق فى الحبس. ولذلك ينقضى الحق فى الحبس ولو كان الدائن عند التخلى قد أعلن صراحة «أنه يريد نقل حقه فى الحبس من الشئ إلى ثمنه[3] ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك، أو التلف والتى نظمتها المادة ٣/٢٤٧ مدنى.

أما إذا كان الشئ المحبوس قد خرج من يد الدائن الحابس خفية أو انتزع منه رغم معاوضته فان الحق فى الحبس لا ينقضى فى الحال. إذ يكون للدائن أن يسترد الشئ ليباشر عليه حق الحبس خلال مدة معينة. فقد نصت المادة ٢/٢٤٨ على «ضرورة أن يقوم الدائن بطلب الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه». أى أن حقه فى الحبس، يسقط بأقصر الأجلين.

وإذا عاد الشئ إلى يد الدائن بعد انقضاء الحق فى الحبس فان حقه القديم فى الحبس لا يبعث من جديد إلا إذا كان الشئ قد عاد إليه لنفس السبب الذى من أجله سبق له احتباسه، أما إذا عاد إليه بسبب آخر، فليس له حبس إلا لضمان ما على المدين من التزام جديد ناشئ عن هذا السبب الثانى[4]. ومثال الحالة الأولى عندما يعهد شخص باصلاح سيارة إلى صاحب جراج ثم يقوم هذا الاخير بتسليمها له قبل أن يستوفى ما هو مستحق له: فإذا أعادها صاحب السيارة له لاستكمال اصلاحها فيكون لصاحب الجراج فى هذه الحالة أن يحبس السيارة لاستيفاء كامل حقه. أما إذا أعادها له لتخزينها عنده فليس له أن يحبسها لاستيفاء أجر ما قام به من اصلاحات لانقضاء الحق فى الحبس الضامن لذلك بتسليم السيارة له. لكن يستطيع أن يحبس السيارة لاستيفاء ما أنفقه للمحافظة على السيارة أثناء التخزين، لان ذلك أنشأ له حق حبس جديد.

---

(١) انظر مؤلفنا فى التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٣، فقرة ١٤، ص ٣٣، ٣٤ وانظر أيضا شمس الوكيل، نظرية التأمينات فى القانون المدنى، الطبعة الثانية ١٩٥٩ فقرة ٣٠ ص ٦٧.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٣ ص ٢٢٣ هامش ١.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٠٢ ص ٢٣٠، ٢٣١.

(٤) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ١٠٧ ص ٩٣.

الباب الثاني

الأوصاف أو القيود المعدلة لأثر الالتزام

- الالتزام البسيط والالتزام الموصوف:

تكلمنا فى الباب السابق عن آثار الالتزام بوجه عام - وكنا نواجه فى هذا الباب الالتزام فى صورته البسيطة، أى الالتزام الذى لم يلحقه وصف أو قيد يعدل من آثاره. فالالتزام البسيط التزام بات ومنجز بين شخصين، مدين ودائن، ويتعلق بمحل واحد.

لكن إلى جانب الالتزام البسيط يوجد الالتزام الموصوف، والالتزام الموصوف هو الالتزام الذى لحق أحد عناصره الثلاثة، رابطة المديونية أو المحل أو الأطراف، وصفاً يكون من شأنه أن يعدل من آثاره - وعلى ذلك تنقسم أوصاف الالتزام إلى ثلاثة أنواع:

١- فمنها ما يتصل بنفاذ الالتزام أو وجوده ذاته، وذلك هو الأجل والشرط.

٢- ومنها ما يتصل بمحل الالتزام، فقد يتعدد المحل، فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً على حسب الأحوال.

٣- ومنها ما يتصل بأطراف الالتزام، فقد يتعدد الدائنون أو المدينون فى الالتزام الواحد. وهذا التعدد قد يكون من غير تضامن أو يكون بطريق التضامن. كما أن هذا التعدد يكون فى التزام غير قابل للانقسام.

- خطة الدراسة:

على ضوء ما تقدم نجد أن دراسة أوصاف الالتزام تكون فى ثلاثة فصول متعاقبة:

الفصل الاول: فى الشرط والاجل.

الفصل الثانى: فى تعدد محل الالتزام.

الفصل الثالث: فى تعدد طرفى الالتزام.

الفصل الأول
الشرط والاجل

١- الشرط والأجل وقانون الائتمان.

ان فكرة الائتمان تفترض وجود ثلاثة عناصر فى الواقع، النقود والأجل والثقة. لذلك لا يتصور ائتمان دون أن يكون أداء أحد المتعاقدين قد امتد من حيث الزمان. فالائتمان الحال، ارتباط بالنسبة للمستقبل[1].

وعلى ذلك «فكل من الشرط والأجل هو النافذة التى يطل منها النظام القانونى على المستقبل، فالنشاط القانونى لا يستطيع أن يقتصر على الحاضر، بل لابد أن يمتد إلى المستقبل. فان أبسط حاجات الانسان تقتضى منه ذلك، وتدفعه إليه دفعاً. وكثيراً من العلاقات القانونية لا يمكن البت فيها إلا فى ظروف وملابسات غير محددة، والمستقبل وحده هو الذى يكشف عنها. ولا يصل القانون إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الشرط والأجل، فكلاهما أمر مستقل يرد إليه مصير العلاقات القانونية، وعن هذا الطريق يستطيع الانسان أن يتحكم فى المستقبل[2]».

٢- ماهية الشرط والاجل والتمييز بينهما:

تنص المادة ٢٦٥ مدنى على انه «يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع». كما ان المادة ٢٧١ مدنى تنص على أنه «يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع».

وعلى ضوء ذلك يتضح أوجه الاختلاف بين الشرط و الأجل بالرغم من أن كل منهما يعد وصفاً يلحق الالتزام فيعدل من آثاره ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

- الاجل: هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه. فالتزام المقترض برد مبلغ القرض بعد سنة، مثلاً، التزام يتوقف نفاذه على حلول الموعد المحدد. فهو التزام غير مستحق الاداء، بمعنى أن الدائن، المقرض، لا يستطيع أن يطالب المدين، المقترض، بمبلغ القرض قبل هذا الميعاد. ويسمى فى هذه الحالة بالأجل الواقف، أى الذى يترتب على حلوله نفاذ الالتزام، أما إذا اتفق فى عقد ايجار على أن تكون الاجاره لمدة سنة مثلاً، معنى ذلك أن المؤجر

---

(١) انظر مؤلفنا نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الاشارة إليه ص ٢٥ و٢٦.
(٢) انظر اهرنج فى روح القانون الرومانى ٤ ص ١٦٢ - ١٦٣ مشار إليه فى السنهورى، الوسيط، جـ ٢ فقرة ٣ ص ٧.

يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة طوال هذه المدة، فإذا انقضت السنة انقضى التزام المؤجر. ويسمى الأجل في هذه الحالة بالأجل الفاسخ، أي الذي يترتب على حلوله انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يتصور إلا في الالتزامات المستمرة أو الدورية حيث أنه يصبح حداً زمنياً ينقضي عنده الالتزام.

وإذا كان الغالب أن يكون الاجل تاريخاً محدداً إلا أن ذلك ليس ضرورياً. إذ أن العبرة في الأمر المستقبل أن يكون محقق الوقوع ولو أنه غير متيقن من الوقت الذي سيقع فيه - وقد أكدت ذلك المادة ٢/٢٧١ مدني ذلك بقولها «ويعتبر الامر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه» وعلى ذلك إذا التزم شخص بأن يؤدي لآخر مرتباً مدى حياته، كان التزامه مقترناً بأجل فاسخ وهو موت الدائن، وبديهي أن الموت أمر مستقبل محقق الوقوع وإن لم يعرف تاريخ وقوعه.

- **الشرط:** هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام، وهذا هو الشرط الواقف، أو زواله وهذا هو الشرط الفاسخ، ومثال الشرط الواقف أن يلتزم شخص بهبة ابنه مالاً معيناً إذا تزوج أو ولد له ولد. ففي هذه الحالة لا يوجد التزام الاب إلا إذا تزوج الابن أو رزق بولد، وهذه أمور مستقبلة غير محققة الوقوع، فان تحقق الشرط وجد الالتزام، وإن تخلف امتنع وجود الالتزام. وعلى العكس يكون الشرط فاسخاً إذا اتفق على انشاء الالتزام من بادئ الأمر على ان ينفسخ إذا تحقق الشرط. مثال ذلك أن يهب شخص آخر مالاً معيناً على أن يعود إليه هذا المال إذا رزق ولداً، ففي هذه الحالة التزام الواهب معلق على شرط فاسخ، فان تحقق هذا الشرط، وهو أمر غير مؤكد، عاد إليه المال الموهوب.

والسمة المميزة للشرط سواء أكان واقفاً أو فاسخاً، أن أثره يستند إلى الماضي، بمعنى أنه إذا تحقق الشرط الواقف أعتبر الالتزام موجوداً لا من وقت تحققه بل من وقت الاتفاق على انشائه، وإن تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام واعتبر كأن لم يوجد أصلاً.

- **أوجه الشبه والاختلاف بين الشرط والأجل:** فإذا كان كل من الشرط والأجل أمراً مستقبلا إلا أن الفارق الجوهري بينهما هو تحقق الوقوع من عدمه، فالأجل محقق الوقوع أما الشرط فوقوعه غير محقق

كما أن كلا من الشروط والاجل يعتبران وصفاً في الالتزام ولكنهما يختلفان في الأثر الذي يترتب على اتصاف الالتزام بأي منهما. فالأجل لا أثر له في وجود الالتزام، فان كان الأجل واقفاً، فالالتزام موجود قبل حلول الاجل وإن كان غير نافذ. ولا يصير نافذاً إلا من وقت حلول الاجل. فإذا كان الاجل فاسخاً فالالتزام

موجود ونافذ إلى أن يحل الاجل، فإذا حل الأجل انقضى الالتزام بعد ذلك الوقت دون أن يؤثر في وجوده السابق. وعلى العكس فان أثر الشرط يرد على وجود الالتزام ذاته ولذلك كان لتحقق الشرط أثر رجعي. فإذا كان الشرط واقفاً فلا يوجد الالتزام إلا إذا تحقق الشرط، وبتحققه يعتبر الالتزام قد وجد مؤكداً من وقت الاتفاق، أما إذا تخلف الشرط فلن يوجد الالتزام أصلاً. وان كان الشرط فاسخاً، فان الالتزام يكون موجوداً نافذاً قبل تحققه، ولكن إذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام من الوجود، فيعتبر أنه لم يوجد أصلاً[1].

- الوفاء عند المقدرة أو الميسرة: يترتب على الاختلاف الجوهري بين الشرط والأجل، أنه يلزم، عند اتفاق الطرفين على أمر مستقبل كوصف يلحق الالتزام، تحديد ما انصرفت إليه ارادة المتعاقدين، أتعليق على شرط أو اضافة إلى اجل. وقد يدق الامر في بعض الأحيان من ذلك حالة ما إذا اتفق على أن الوفاء بالالتزام يكون عند «المقدرة أو الميسرة» أو «عند الامكان» فيثور التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كانت هذه الواقعة شرطاً أم أجلاً؟

وتظهر أهمية هذا التساؤل في أنه لو حمل مثل هذا الاتفاق محمل الشرط كان معنى ذلك أن الالتزام غير موجود وقد لا يوجد ابداً. إذا قد يظل المدين غير قادر على الوفاء إلى وقت وفاته فيموت معسراً، فلا يكون للدائن اقتضاء أي شئ حال حياته، ولا أن يشارك غيره من الدائنين في قيمة أموال التركة عند وفاته، لتخلف الشرط الذي توقف على تحققه وجود الالتزام وهو الاقتدار أو الميسرة. أما إذا حمل هذا الاتفاق محل الأجل فان التزام المدين يكون التزاماً مؤكداً أضيف نفاذه إلى أمر مستقبل هو وفاة المدين على الأكثر، فيكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال التركة ولو كان المدين قد توفى معسراً.

وقد نظم المشرع هذا الفرض بالنص في المادة ٢٧٢ مدني على أنه «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه».

وكما هو واضح فان المشرع قد وضع قرينة بمقتضاها حمل هذا الاتفاق محمل الاجل لا محمل الشرط. وهذه قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها. فإذا ثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل الاقتدار أو الميسرة شرطاً، كان وجود الالتزام معلقاً على شرط واقف واستبعد تطبيق أحكام المادة ٢٧٢، فإذا توفى المدين معسراً فان الالتزام يتخلف نهائياً.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٢٩، ص ٢٧٣

المبحث الأول

الشرط

الشرط كوصف فى الالتزام: ويقصد بهذا الشرط الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع، الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله. **والشرط بهذا المعنى أمر خارجى عارض تضيفه الارادة إلى الالتزام بعد أن يستوفى أركانه وعناصر تكوينه.**

– وهذا المعنى الاصطلاحى لشرط يميزه عن غيره مما يطلق عليه اسم الشرط، من ذلك شروط العقد، كالشرط الجزائى والشرط الفاسخ الضمنى وشرط المنع من التصرف، والشروط القانونية، أى التى تطلق على عنصر من العناصر التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين، كشرط الرسمية فى عقد الهبة والرهن الرسمى، أو الحاجة كشرط للالتزام بالنفقة – وللتفرقة بين الشرط الواقف وبين الشروط القانونية التى يتطلبها القانون لنشوء الالتزام، أهمية عملية. فللشرط، كوصف فى الالتزام، أثر رجعى. فإذا تحقق استند أثره إلى وقت انعقاد التصرف. أما الشروط القانونية فالاصل أن ليس لها أثر رجعى، فلا تترتب آثارها إلا من وقت استكمالها[1].

انواع الشرط: الشرط الواقف والشرط الفاسخ: فالشرط الواقف هو الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما الشرط الفاسخ فهو الذى يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وإذا دق الامر فان القاضى يحدد طبيعة الشرط بالرجوع إلى نية المتعاقدين وظروف العقد وتعتبر هذه المسألة من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ولا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض.

– ويجب التفرقة فى هذا الصدد بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام يجعل حق الدائن مهدداً بالزوال وبين الشرط الفاسخ كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام المقابل فى العقد الملزم للجانبين. ففى هذا الشرط الاخير لا يترتب عليه الفسخ حتماً، بل يكون للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ بدلاً من الفسخ. وإذا اختار الفسخ فلابد من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم به[2]، أما تعليق الالتزام على شرط فاسخ، يتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، كما لا يستطيع الدائن أن يطالب بتنفيذ الالتزام. ومثال ذلك إذا علق التزام الواهب على شرط فاسخ هو زواج الموهوب له من سيدة معينة مثلاً فليس معنى هذا أن الموهوب له قد التزم بعدم

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩ ص ٢٨٧.

(٢) إلا إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. وهذا الشرط الفاسخ الصريح لا يختلط أيضاً بالشرط الفاسخ كوصف للالتزام إذ الاول لا يمنع من مطالبة المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه بتنفيذه.

الزواج. فليس للواهب فى هذه الحالة أن يطالب الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام المزعوم، وبالتالى ليس له حق فى التعويض إذا تم هذا الزواج. بل يقتصر أثر الشرط فى هذه الحالة على فسخ الهبة فيسترد الواهب ما وهب. ويتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون الالتجاء إلى القضاء. وهذا هو الفرق الجوهرى بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام، وبين التكليف أو العوض فى الهبة وفيه تنصرف ارادة الواهب إلى انشاء التزام على عاتق الموهوب له بحيث يكون له أن يطالبه بتنفيذه[1].

خطة الدراسة: لدراسة الشرط سوف ندرس أولاً: مقومات الشرط ثم نتحدث بعد ذلك عن الآثار المترتبة على الشرط.

المطلب الأول
مقومات الشرط

لكى تصبح واقعة من الوقائع كشرط يتصف به الالتزام، يشترط أن تكون هذه الواقعة، أولاً، أمر مستقبلاً، ثانياً، غير محقق الوقوع، وثالثاً ممكناً، ورابعاً: مشروعاً.

أولاً - الشرط أمر مستقبل:

يرتبط الشرط ارتباطاً وثيقاً بالمستقبل ولذلك ينبغى لكى تعتبر الواقعة شرطاً أن تكون مستقبلة، أى أن يكون تحققها لاحقاً على انعقاد العقد. ويترتب على ذلك أن تنتفى حقيقة التعليق أن كان الامر الذى علق عليه الالتزام قد وقع فعلاً قبل الاتفاق، ولو كان المتعاقدان يجهلان وقوعه. فان كانا قد علقا وجود الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ترتب الالتزام باتاً لا معلقاً، وان كانا قد علقا عليه زوال الالتزام لم ينشأ الالتزام أصلاً.

ثانياً - الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع:

لا يكفي فى الواقعة حتى تعتبر شرطاً أن تكون أمراً مستقبلاً بل يجب كذلك أن تكون أمرا غير محقق الوقوع. وفى ذلك يختلف الشرط عن الاجل، حيث أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع. وهو يكون كذلك حتى لو كان وقت وقوعه غير معروف سلفاً، كالموت، فهو أجل غير معين. لكن يمكن أن يكون شرطاً إذا اشترط وقوعه فى خلال مدة معينة. إذ بذلك يصبح أمرا غير محقق الوقوع. فمن يتعهد بهبة آخر مالاً معيناً إذا توفى والده قبل بلوغه سن الرشد، يلتزم بالتزام معلق على شرط، لأنه ليس من المحقق أن تتم الوفاة على الوجه المشروط[2]

(١) سماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٢٨٨.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٥، ص ٢٨٩

- يشترط ألا يكون تحقق الشرط الواقف متوقفاً على محض ارادة المدين:

إذا كان الشرط أمر غير محقق الوقوع فان ذلك يقتضى ألا يكون تحققه فى الشرط الواقف متروكاً لمحض ارادة المدين وإلا امتنع قيام الالتزام لانفراد المدين بعقده الرابطة القانونية بأن يكون له أن يلتزم أو لا يلتزم. ولكن لمعرفة متى يعتبر الشرط شرطاً ارادياً محضاً ينبغى أن نعرض لتقسيم الشرط من حيث مدى تعلقه بالارادة. وقد جرى الفقه على تقسيم الشرط إلى ثلاثة أنواع: الشرط الاحتمالى والشرط المختلط والشرط الارادى.

- **الشرط الاحتمالى** هو الشرط الذى لا دخل لارادة الاطراف فى وقوعه وانما يتوقف تحققه على محض الصدفة أو ارادة شخص آخر غير أحد طرفى الالتزام. مثاله كما لو التزم موظف بأن يؤجر منزله إذا تقرر نقله إلى بلدة أخرى، أو إذا التزم شخص بيبة مال معين لآخر إذا ولد له ذكر. **وحكم الشرط الاحتمالى أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

- **الشرط المختلط** هو الذى يتوقف على ارادة أحد طرفى الالتزام وارادة شخص معين من الغير فى وقت واحد. مثال ذلك إذا التزم شخص بهبة مال معين لاخر إذا تزوج من سيدة معينة. فهذا الشرط يتعلق بارادة من اشترط عليه وبارادة من اشترط الزواج منها **وحكم الشرط المختلط أنه شرط صحيح سواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

- **الشرط الارادى**، وهو الذى **يتوقف تحققه** على ارادة أحد طرفى الالتزام فقط، وهذا الشرط اما أن يكون شرطاً ارادياً بسيطاً واما شرط ارادياً محضاً.

والشرط الارادى البسيط هو الذى يتوقف تحققه على ارادة أحد طرفى الالتزام مقترن بعمل معين. كأن أهبك مالاً إذا تزوجت أو أبيعك منزلى إذا سافرت إلى الخارج. **وحكم هذا الشرط أنه شرط صحيح، سواء تعلق بارادة الدائن أو المدين، وسواء كان شرطاً واقفاً أو فاسخاً.**

والشرط الارادى المحض هو الذى **يتوقف** تحققه على محض ارادة أحد طرفى الالتزام دون اقتضاء أى شئ آخر. كأن أهبك مالاً إذا أردت أنا، هذا شرط واقف متعلق بمحض ارادة المدين، أو أهبك هذا المال إذا أردت انت، وهذا شرط واقف متعلق بمحض ارادة الدائن، وحكم هذا **الشرط أنه يكون صحيحاً إذا تعلق بارادة الدائن**، إذ يقوم الالتزام إذا شاء الدائن تقاضاه وان شاء أحل المدين منه - **أما إذا تعلق هذا الشرط بارادة المدين فان الشرط يكون باطلاً والالتزام كذلك** لان هذا يتنافى مع طبيعة الالتزام ذاته. **وقد** نصت المادة ٢٦٧ مدنى على ذلك **بقولها أن «الالتزام لا يكون قائماً إذا علق على شرط واقف** يجعل وجود الالتزام **متوقفاً على محض** ارادة **الملتزم».**

وبذلك لا تظهر أهمية تقسيم الشرط إلى احتمالى ومختلط وارادى إلا بالنسبة للشرط الواقف. فالشرط الفاسخ صحيح في جميع الأحوال أى سواء كان احتماليا أو مختلطا أو اراديا، بسيطا كان أو محضا معقوداً بمحض ارادة الدائن أو المدين.

أما الشرط الواقف فهو صحيح ان كان احتمالياً أو مختلطاً أو ارادياً بسيطاً. أما إذا كان ارادياً محضاً فيكون صحيحا فقط إذا كان متعلقاً بمحض ارادة الدائن. أما إذا كان متعلقاً بمحض ارادة المدين فان الالتزام لا يكون قائماً لأن ترك زمام الرابطة القانونية فى يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته، إذ سيكون له أن يلتزم ان شاء أو أن لا يلتزم أن شاء أيضاً، بمعنى أنه لم يلتزم فى الحقيقة بأى التزام.

ثالثاً - أن يكون الشرط ممكناً:

من مستلزمات فكرة التعليق بالشرط الاحتمال، أى احتمال وقوعه أو عدم وقوعه.. فإذا انتفى احتمال الوقوع انتفت حقيقة التعليق. وينتفى احتمال الوقوع إذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع. **ويشترط فى هذه الاستحالة** أن تكون استحالة مطلقة، وأن تكون قائمة وقت التعليق على الشرط، لأن الاستحالة الطارئة لا تؤثر على صحة التعليق بل تؤدى إلى تخلف الشرط[1]. ويستوى بعد ذلك أن تكون هذه الاستحالة استحالة مادية ترجع إلى طبيعة الاشياء، كتعهد شخص لأخر باعطائه جائزة إذا اكتشف دواء يديم الحياة أو يحيى الموتى، أو استحالة قانونية ترجع إلى حكم القانون، كتعهد شخص لاخر بأن يهبه مالاً معيناً إذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه، فى تركه انسان على قيد الحياة[2].

وعلى ذلك نجد أن استحالة الواقعة المشروطة تتنافى مع حقيقة التعليق، وذلك سواء كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. **ولكن يختلف تأثير هذه الاستحالة فى الالتزام ذاته باختلاف نوع الشرط.** فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً فالالتزام لن يوجد على الاطلاق لامتناع تحقق الأمر الذى علق عليه وجوده. أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخاً فلا أثر له على الالتزام المعلق به، إذ يمتنع زوال الالتزام لأن الشرط الذى يترتب على تحققه زواله لن يتحقق، أى أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ مستحيل هو فى الحقيقة التزام بسيط وبات. وقد نصت المادة ١/٢٦٦ على هذه الاحكام فهى تقضى بأنه «لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن.. هذا إذا كان الشرط واقفا، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم».

---

(١) أنور سلطان، الرجع السابق، فقرة ٢٢١، ص ١٩٦.
(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٢ ص ٢٩٢

رابعا - أن يكون الشرط مشروعاً:

ويعتبر الشرط غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب. **والعبرة في تحديد عدم مشروعية الشرط ليس بعدم مشروعية الواقعة المعلق عليها، بل بالغرض الذى يهدف إليه المتعاقدان.** وعلى ذلك فقد تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ويكون الشرط مع ذلك مشروعاً صحيحاً. فارتكاب جريمة واقعة غير مشروعة، ولكن يصح اشتراطها كشرط فاسخ للالتزام. فتصح الهبة مع اشتراط الفسخ ان ارتكب الموهوب له جريمة معينة - إذ لا يقصد بالشرط فى هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع، بل على العكس المقصود من الشرط فى هذه الحالة منعه - وبالعكس قد تكون الواقعة مشروعة والشرط غير مشروع، كتعليق فسخ الهبة على عدم ارتكاب الموهوب له لجريمة معينة. فعدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع، ولكن اشتراطها شرطاً فاسخاً جعل الشرط ذاته غير مشروع، لأنه قد قصد به أمر غير مشروع وهو حمل الموهوب على ارتكاب الجريمة.

جزاء الشرط غير المشروع هو البطلان. ولكن ما هو أثر بطلان الشرط على الالتزام المعلق عليه ذاته. قد فرقت المادة ٢٢٦ مدنى فى هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ:

فاذا كان الشرط غير المشروع واقفا فلا يقوم الالتزام (م ١/٢٦٦ مدنى) لأن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود التزام يختلط بالباعث الدافع الى التعاقد، والقاعدة هى بطلان التصرف أن كان الباعث عليه غير مشروع، وما دام التصرف باطلا فلن ينشأ الالتزام.

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً. فطبقاً لنص المادة ١/٢٦٦ مدنى يجب التفرقة بين حالتين، **أولاهما** تعرض حيث يكون الشرط الفاسخ ثانوى الاهمية فيبطل الشرط ويبقى الالتزام غير مهدد بالزوال، أى يصبح التزاماً باتاً. **والثانية** تعرض حيث يكون الشرط عنصراً جوهرياً، فإنه يكون هو السبب الدافع وفى هذه الحالة يبطل الشرط ولا ينشأ الالتزام.

ولكن هذه التفرقة التى أتت بها المادة ٢٦٦ فى شأن الشرط الفاسخ غير المشروع كانت محل نقد شديد من جانب الفقهاء، حيث أنه يصعب تصور تعليق زوال التزام على شرط فاسخ غير مشروع ثانوى الأهميه فى نظر المتعاقدين[1]

---

(١) أنظر أنور سلطان، المرجع السابق فقرة ٢٢ ص ١٦٨، اسماعيل غانم المرجع السابق، فقرة ١٤٣ ص ٢٩٤.

المطلب الثانى
الآثار التى تترتب على الشرط

ان دراسة آثار الشرط تقتضى منا التفرقة بين مرحلتين: مرحلة التعليق، أى قبل أن يعرف مصيره، سواء أكان الشرط واقفا أم كان فاسخا. ومرحلة بعد انتهاء التعليق، أى بعد أن تتحقق الواقعة المشروطة أو تتخلف، سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

أولاً: آثار الشرط فى مرحلة التعليق

وهنا يجب أن نميز بين آثار الشرط الواقف أثناء مرحلة التعليق وآثار الشرط الفاسخ فى هذه المرحلة.

١- آثار الشرط الواقف:

الشرط الواقف هو الشرط الذى يتوقف عليه وجود الالتزام، بحيث إذا تحقق وجد الالتزام، وإذا تخلف لم يوجد. مثال ذلك ان يلتزم أب بأن يهب ابنه مالا معيناً إذا ولد له ولد. فالشرط الواقف يوقف وجود الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة[1]. وعلى ذلك فليس للدائن حق مؤكد، إذ لا يدرى أيتحقق الشرط أم لا يتحقق. لكن ليس معنى هذا أنه لا توجد رابطة قانونية بين الدائن والمدين أثناء فترة التعليق، فلا شك أنه ليس للمدين أن يعدل عما تعهد به ولو كان قد علق التزامه على شرط لم يتحقق بعد. فليس للدائن مجرد أمل للمدين أن يخلفه، بل له حق ولكنه حق غير مؤكد الوجود.

ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١- أنه لا يجوز للدائن أثناء فترة التعليق أن يباشر اى اجراء من اجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين. بل إذا أوفى المدين للدائن أثناء فترة التعليق حقه وفاء اختياريا فله أن يسترد ما وفاه لأنه يكون قد أدى غير المستحق، فالالتزام المعلق على شرط واقف لا يقبل التنفيذ الفورى أو التنفيذ الاختيارى (م ٢٦٨ مدنى).

٢- ليس للدائن أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المدين أثناء مرحلة التعليق لأن المقاصة طريق لاستيفاء الحق.

٣- ليس للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية لأنها لا تستلزم أن يكون حق الدائن موجودا فحسب بل تتطلب علاوة على ذلك أن يكون حقه مستحق الأداء

---

(١) نقض ١٩٩١/١/١٠ مجموعة احكام النقض، س ٤٢ ص ١٣٨ النص فى عقد إيجار شقه النزاع على بدء تنفيذه فور الحصول على حكم نهائى فى الاستئناف بإخلاءها من مستأجره السابق - اعتبار العقد المذكور معلقا على شرط واقف

٤- لا يسرى التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة لإلتزام المدين المعلق على شرط واقف لأنه لا يستحق الأداء إلا من وقت تحقق الشرط[1].

٥- إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شئ معين بالذات فلا تنتقل الملكية إلى الدائن إلا معلقة على الشرط الواقف، وذلك سواء أكان الشئ منقولاً أو عقاراً وتم تسجيل التصرف ويكون المدين مالكاً تحت شرط فاسخ

- إذا كانت هذه الآثار تترتب على اعتبار أن للدائن حقاً غير مؤكد الوجود إلا أنه على أية حال لهذا الدائن حق وليس مجرد أمل.. ويترتب على ذلك ما يلى:

١- أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه (م ٢٦٨ مدنى) فإذا كان الالتزام بنقل ملكية عقار جاز للدائن أن يسجل العقد حتى تنتقل إليه الملكية معلقة على شرط واقف، كما يجوز له أن يقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق. ويجوز له ان يرفع دعوى صحة التوقيع، ودعوى غير مباشرة، ودعوى صورية حيث لا يشترط فى الدعويين الاخيرتين أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، وله علاوة على ذلك أن يتدخل فى اجراءات القسمة وفى الدعاوى التى يكون المدين طرفاً فيها. ويجوز له طلب تعيين حارس على العين المملوكة تحت شرط واقف، إذا كان المدين ينازع فى هذا الحق ويخشى على العين بسبب هذه المنازعة.

٢- ان حق الدائن ينتقل بوصفه إلى ورثته إذا توفى أثناء فترة التعليق. كما يجوز له أن يتصرف فيه حال حياته، وأن يوصى به.

٢- آثار الشرط الفاسخ:

الشرط الفاسخ هو الشرط الذى يترتب على وقوعه زوال الالتزام. وعلى ذلك فان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزام قائم ونافذ فى أثناء فترة التعليق، وان كان مهدداً بخطر الزوال. ولذلك يأخذ الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فى أثناء مرحلة التعليق حكم الالتزام البسيط غير الموصوف. بمعنى أنه يعتبر موجوداً وواجب النفاذ فور نشوئه وان كان قابلاً للزوال، مما يجعل التصرفات التى يأتيها الدائن بهذا الالتزام معلقة على نفس الشرط الفاسخ المعلق عليه حقه.

ويترتب على اعتبار أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ، التزام موجود ونافذ فى مرحلة التعليق النتائج الآتية:

١- أن للدائن أن يباشر أى اجراء من اجراءات التنفيذ فى مواجهة المدين. وإذا قام المدين بالوفاء بالتزامه المعلق على شرط فاسخ يعتبر وفاؤه وفاء بالتزام مستحق الأداء.

---

(١) نقض ٢٥/٢/١٩٩٢ س ٤٢ ص ٥٦١.

٢- يجوز للدائن ان يتمسك بالمقاصة بين حقه وبين ما قد ينشأ في ذمته من التزام لصالح مدينه ولو كان هذا الالتزام باتاً[1].

٣- ويسرى التقادم أثناء فترة التعليق بالنسبة للالتزام المعلق على شرط فاسخ لأنه التزام مستحق الأداء.

٤- يجوز للدائن أن يباشر الدعوى البوليصية إذ أن حقه مستحق الأداء.

٥- إذا كان الالتزام بنقل ملكية شئ، فان الملكية تنتقل إلى الدائن بمجرد الافراز في المنقول وبالتسجيل في العقار، غير أنها ملكية مهددة بالزوال. فيكون مالكاً تحت شرط فاسخ كما كان دائناً بنفس الشرط. وبذلك يكون مصير تصرفاته معقوداً بمصير الشرط. أما المدين فهو مالك تحت شرط واقف إذ يترتب على تحقق الواقعة المشروطة أن تزول الملكية عن الدائن وتثبت الملكية للمدين.

ثانياً: آثار الشرط بعد انتهاء التعليق

يجب أن ندرس، في هذا الصدد متى ينتهي التعليق، ثم نعرض بعد ذلك لآثار انتهاء التعليق، وأخيراً نقف على حقيقة قاعدة الأثر الرجعي للشرط والاستثناء الواردة عليها.

أ – انتهاء التعليق بتحقيق الشرط أو تخلفه:

تنتهي مرحلة التعليق إذا ما تحدد مصير الشرط، بأن تحقق أو تخلف. ولا يعتبر الشرط قد تحقق إلا إذا وقعت الواقعة المشروطة على النحو المتفق عليه بين المتعاقدين، فإذا تحدد ميعاد معين لوقوعها فان الشرط يعتبر متخلفاً إذا لم تقع الواقعة المشروطة قبل انقضاء هذا الميعاد، ولو وقعت بعد ذلك. أما إذا لم يحدد ميعاد معين لوقوعها. فان الالتزام يظل معلقاً مهما طالت المدة دون أن يقع الأمر المشروط، إلا إذا كان من المؤكد أنه لن يقع فيعتبر الشرط قد تخلف منذ هذا الوقت.

ويلاحظ أن الشرط يعتبر متحققاً حكماً ولو تخلف إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف، كالمدين في الشرط الواقف والدائن في الشرط الفاسخ، قد حال دون تحققه بفعله مثال ذلك أن يشترط الواهب فسخ الهبة إذا ولد له فيعمل الموهوب له على أجهاض زوجة الواهب لكي يمنع تحقق الشرط الفاسخ. ويعتبر الشرط متخلفاً حكماً ولو تحقق، إذا كان تحققه راجعاً إلى فعل من جانب الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق، كالدائن في الشرط الواقف والمدين في الشرط الفاسخ. كمن يؤمن على مال له ضد خطر معين ثم يعمل على تعجيل وقوع هذا الخطر.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٤٦ ص ٨٧، عكس ذلك السنهوري الوسيط جـ ٣، فقرة ٣٣، ص ٤٥ هامش ١

ب – اثر انتهاء التعليق:

ينتهى التعليق بتحقق أو بتخلف الشرط، ويترتب على ذلك عدة آثار سواء بالنسبة للشرط الواقف أو الشرط الفاسخ

١- أثر تخلف الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً.

– **إذا كان الشرط واقفاً وتخلف،** فان حق الدائن يصبح عدماً أى امتنع وجوده. ويترتب على ذلك زوال كل الإجراءات التحفظية التى اتخذها الدائن أثناء فترة التعليق، وزوال التصرفات التى صدرت منه فى شأن هذا الحق.

– **إذا كان الشرط فاسخاً وتخلف،** فان الالتزام الذى كان مهدداً بالزوال أثناء فترة التعليق يزول عنه هذا الخطر ويتأيد نهائياً، وتتأيد بالتالى جميع التصرفات التى يكون قد أجراها الدائن أثناء فترة التعليق.

٢- آثار تحقق الشرط

يختلف هذا الأثر باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً أو شرطاً فاسخاً.

– **إذا كان الشرط واقفاً وتحقق،** فان حق الدائن يتأكد وجوده ويصبح حقاً نافذاً مستحق الأداء، ويكون للدائن مباشرة الاجراءات التنفيذية، ويكون الوفاء إليه صحيحاً لا سبيل إلى استرداده، كما يكون له رفع الدعوى البوليصية، ويسرى التقادم من وقت تحققه وله أن يتمسك بالمقاصة إذا توافرت شروطها الأخرى ويعتبر حق الدائن حقاً موجوداً ونافذاً مستحق الاداء ليس فقط منذ تحقق الشرط بل من وقت الاتفاق على انشائه عملاً بفكرة الأثر الرجعى للشرط. **ويترتب على ذلك عدة نتاج:**

١- إذا كان المدين قد وفى الدين عن غلط أثناء فترة التعليق ولم يكن قد استرد بعد ما دفع، فانه لا يستطيع استرداده بعد تحقق الشرط إذ يعتبر أن حق الدائن كان موجوداً مؤكداً من وقت الاتفاق على انشائه.

٢- إذا كان حق الدائن المعلق على شرط واقف مضموناً برهن، وقيد الرهن قبل تحقق الشرط فان الرهن يأخذ مرتبته من تاريخ قيده لا من تاريخ تحقق الشرط.

٣- إذا صدر قانون جديد أثناء فتره التعليق يعدل من شروط انشاء الالتزام، كاشتراط الرسمية مثلا، فان هذا القانون لا يسرى على الالتزام المعلق بعد تحقق الشرط، إذ يبقى هذا الالتزام خاضعاً للقانون القديم بفضل الأثر الرجعى للشرط، إذ يعتبر الحق موجوداً منذ البداية أى منذ أن كان التشريع القديم سارياً.

٤- إذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاماً بنقل ملكية شئ، وكان الدائن قد تصرف فى الشئ أثناء فترة التعليق، باعتباره مالكاً للشئ تحت شرط واقف، ثم تحقق الشرط بعد ذلك، فانه يعتبر قد تصرف فيما يملك لانه يعتبر مالكاً للشئ وقت التصرف، فيكون تصرفه صحيحاً نافذاً، وكذلك بالنسبة للمتصرف إليه إذا تنتقل إليه الملكية من وقت التعاقد مع المالك لا من تحقق الشرط وذلك بفضل الاثر الرجعى للشرط. على العكس من ذلك تصرفات المدين، وهو مالك للشئ تحت شرط فاسخ، تعتبر صادرة من غير مالك.

- أما إذا كان الشرط فاسخاً وتحقق فان حق الدائن الذى كان موجوداً أثناء فترة التعليق يزول ويعتبر كأنه لم يوجد أصلاً. **ويترتب على الأثر الرجعى لزوال الالتزام عدة نتائج:**

١- إذا كان المدين قد وفى به أثناء فترة التعليق كأن له استرداد ما دفع بدعوى رد غير المستحق، ومن باب أولى يكون له الاسترداد إذا كان وفى عن غلط بعد تحقق الشرط.

٢- نزول كافة الاجراءات التنفيذية والتحفظية التى يكون الدائن قد باشرها أثناء فترة التعليق للتنفيذ بحقه أو للمحافظة عليه.

٣- إذا كان الالتزام المعلق على شرط فاسخ التزاماً بنقل ملكية شئ، وانتقلت الملكية بمقتضاه أثناء فترة التعليق، كالمشترى تحت شرط فاسخ، فان تحقق الشرط الفاسخ زالت الملكية عن الدائن بأثر رجعى، وكأن العين لم تخرج أبداً عن منك المدين. ويترتب على ذلك أن التصرفات التى صدرت من الدائن فى شأن الشئ المتصرف فيه أثناء فترة التعليق تعتبر صادرة من غير مالك ولا تنفذ فى مواجهة المدين وهو المالك الحقيقى.

جـ - فكرة الأثر الرجعى للشرط:

فى هذا الصدد سنعرض لقاعدة الأثر الرجعى للشرط وتأصيلها، ثم ندرس بعد ذلك الاستثناءات الواردة عليها.

١- تأصيل قاعدة الاثر الرجعى للشرط:

تعتبر قاعدة الاثر الرجعى للشرط من التقاليد الموروثة عن القانون الرومانى. وقد أثارت هذه القاعدة الخلاف بين الكثير من الفقهاء، كما تباينت بصددها التشريعات، بين مؤيد ومعارض لها.

وقد ظل المشرع المصرى أميناً على هذه التقاليد الموروثة وصاغ قاعدة الأثر الرجعى فى المادة ١/٢٧٠ فنص على أنه «إذا تحقق الشرط يستند أثره إلى

الوقت الذى نشأ فيه الالتزام، إلا إذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط» وعلى ضوء هذا النص سنحاول تأصيل قاعدة الاثر الرجعى، سواء من حيث الصياغة، أو الاساس القانونى، أو الاعتبارات العملية.

- **فمن حيث الصياغة** نجد أن الأثر الرجعى مجاز أو افتراض قانونى. فمن حيث الواقع والحقيقة لم يكن للالتزام المعلق على شرط واقف وجوداً مؤكداً فى فترة التعليق، كما أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كان قائماً بالفعل أثناء فترة التعليق. وعلى ذلك فالقول بأنه بتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان باتاً ونافذاً من وقت الاتفاق على انشائه، وبأنه بتحقق الشرط الفاسخ يعتبر كأن الالتزام لم ينشأ أصلاً، قول يجرى على خلاف الحقيقة، فهو يقوم على المجاز أو الافتراض القانونى.

- **فمن حيث الاساس القانونى**، وكما يبدو من نص المادة ١/٢٧٠ مدنى مصرى، أن الأثر الرجعى يعتبر تفسير لارادة المتعاقدين. ولذلك يستبعد الاثر الرجعى إذا تبين من هذه الارادة أو طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله، انما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط.

- **فمن حيث الاعتبارات العملية** نجد أن المشرع أراد باسناد أثر الشرط إلى الماضى حماية حقوق الطرف الذى تحقق الشرط لمصلحته، وهو الدائن فى الشرط الواقف أو المدين فى الشرط الفاسخ. وعلى ذلك إذا كان الالتزام المعلق التزاماً بنقل ملكية شئ فان مالكه أثناء فترة التعليق هو المدين، البائع ان كان الالتزام معلقاً على شرط واقف، أو هو الدائن، المشترى، إذا كان الالتزام معلقاً على شرط فاسخ، فإذا تحقق الشرط، ولم يكن له أثر رجعى، لترتب على ذلك أن الملكية لن تنتقل إلى الطرف الأخر إلا منذ ذلك الوقت، فتنفذ فى حقه التصرفات التى تمت فى أثناء فترة التعليق. وبذلك يتلقى الدائن، المشترى تحت شرط واقف فى الالتزام الذى كان معلقاً على شرط واقف، العين محملة بالحقوق التى قررها المدين، البائع، للغير قبل تحقق الشرط. ويتلقى المدين، البائع، فى الالتزام الذى كان معلقاً على شرط فاسخ، العين محملة بالحقوق التى قررها الدائن، المشترى تحت شرط فاسخ، للغير أثناء فترة التعليق. ولكى يتفادى المشرع هذه النتيجة جعل للشرط أثراً رجعياً بحيث يصبح المشترى تحت شرط واقف بعد تحقق الشرط مالكاً للشئ المبيع منذ البداية، أى من الوقت الذى نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر البائع غير مالك منذ ذلك الوقت وبالتالى تعتبر التصرفات التى صدرت منه أثناء فترة التعليق غير نافذة فى حق المشترى لصدورها من غير مالك. وبالمثل يصبح المشترى تحت شرط فاسخ بعد تحقق الشرط غير مالك للشئ المبيع منذ

البداية، أى من الوقت الذى نشأ فيه الالتزام وبذلك يعتبر كأن المبيع لم يخرج أبداً من ملك البائع وبالتالى تعتبر التصرفات التى صدرت من المشترى قبل تحقق الشرط الفاسخ غير نافذة فى حق البائع وهو المالك الحقيقى.

٢- الاستثناءات من الأثر الرجعى:

ان قاعدة الأثر الرجعى للشرط تعد من حيث الصياغة القانونية مجازاً أو افتراضاً قانونياً مخالفاً للحقيقة، يجد أساساً له فى تفسير ارادة المتعاقدين، وتبريراً له فى الاعتبارات العملية. والتسليم بهذه الحقيقة له فائدة عملية من حيث أن يؤدى إلى قصر الأثر الرجعي فى الحدود التى أرادها المشرع، فلا يتوسع فى نتائجه خارج هذه الحدود. وعلى ضوء ذلك نستطيع أن نفهم الاستثناءات التى أوردها المشرع على قاعدة الاثر الرجعى للشرط وسنعرض فيما يلى لبعض هذه الاستثناءات:

١- يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعى للشرط، أى الاتفاق على ترتيب أثر الالتزام من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه (م ١/٢٧٠) وهذا الاستثناء مبرره أن قاعدة الاثر الرجعى ليست إلا تفسيراً للارادة.

٢- يستبعد الاثر الرجعى للشرط إذا كانت طبيعة العقد تقتضى أن يكون وجود الالتزام أو زواله من وقت تحقق الشرط لا من وقت الاتفاق عليه (م ١/٢٧٠). وذلك هو الحال فى العقود الزمنية حيث أن الزمن فيها عنصر جوهرى فيستحيل فيها الأثر الرجعى مثال ذلك أن يشترط شرط فاسخ فى عقد الايجار[1] أو عقد التوريد، وتم تنفيذ العقد خلال مدة معينة ثم تحقق الشرط، فلا يكون لهذا الشرط أى أثر رجعى، لأن ما تم تنفيذه لا يمكن الرجوع فيه، ويقتصر أثره على انهاء العقد بالنسبة للمستقبل.

٣- أعمال الادارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ (م ٢/٢٦٩) والعلة من هذا الاستثناء هو عدم تعطيل استغلال العين محل الالتزام أثناء فترة التعليق، لأنها لو خضعت لقاعدة الأثر الرجعى للشرط لأحجم الغير عن التعامل فى شأنها مع المالك تحت شرط فاسخ، لاحتمال تحقق الشرط وزوال ملكية الدائن، وما يترتب عليها من أعمال الادارة بأثر رجعى. ويشترط لاعمال هذا الاستثناء أن تكون أعمال الادارة قد تمت بحسن نية، بأن يكون الايجار مثلاً قد عقد لمدة معقولة وبأجرة المثل ووفقاً لشروط مادية مقبولة وهذا الحكم ينصرف أيضاً إلى أعمال الادارة التى تقع من المدين تحت شرط واقف لتوافر العلة.

---

(١) نقض ١٩٩١/١/١٠ س ٤٢ ص ١٣٨.

٤- لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه (م ٢٧٠ مدني) وهذا الحكم عام ينطبق على الشرط الواقف والشرط الفاسخ. ومقتضى هذا النص أن تبعة الهلاك لا تخضع لقاعدة استناد أثر الشرط وقت نشوء الالتزام.

وعلى ذلك فإذا كان الشرط واقفاً، كما لو بيعت عين معينة تحت شرط واقف، ثم هلكت العين بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الاثر الرجعي للشرط عند تحققه اعتبار أنها كانت على ملك الدائن (المشترى المالك تحت شرط واقف) فتهلك عليه إذا كان قد تسلمها وعلى البائع ان لم يكن قد تسلمها طبقاً للقواعد العامة. ولكن المادة ٢٧٠ مدني قد استبعدت الأثر الرجعي للشرط ولذلك فان هلاك العين يمنع من نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك ويجرى الأمر كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلاً على البيع ويكون هلاك الشئ على مالكه، وهو البائع، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده.

أما إذا كان الشرط فاسخاً، وهلكت العين المبيعة بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط، فقد كان مقتضى الاثر الرجعي للشرط عند تحققه اعتبار العقد كأن لم يكن وأن الشئ لم يخرج أصلاً من ملك البائع فيكون الهلاك عليه سواء كان هذا الهلاك قبل التسليم أو بعده، ولكن المادة ٢٧٠ قد استبعدت الاثر الرجعي للشرط، ولذلك فان تبعة الهلاك ترتبط بالتسليم، فإذا كان المشترى قد تسلم العين المبيعة وهلكت في يده لسبب أجنبي فان هلاكها يكون على المشترى لا على البائع ولو تحقق الشرط الفاسخ بعد ذلك.

٥- سريان مدة التقادم المسقط من وقت تحقق الشرط الواقف لا من وقت الاتفاق استثناء من قاعدة الاثر الرجعي للشرط (م ٢/٣٨١ مدني) والعلة من ذلك أنه لا يتصور أن يسرى التقادم في وقت، أى في فترة التعليق، لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتنفيذ.

هذه هي طائفة من الاستثناءات التي ترد على قاعدة الأثر الرجعي للشرط، وهناك غيرها، كما في الشفعة والثمار وتطهير العقار من الرهن. هذه الاستثناءات تدعونا إلى التساؤل عن الجدوى الحقيقية لقاعدة الأثر الرجعي للشرط. وقد دفعت كثرة هذه الاستثناءات بعض الفقهاء إلى المطالبة بالاستغناء عنها ورد النتائج التي تبنى عليها إلى قواعد أخرى تصلح أساساً لها دون اللجوء إلى الافتراض[١].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ٣٠٦.

المبحث الثانى

الأجـل

لدراسة الأجل يجب أن نقف أولاً على التعريف به وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك للآثار التى تترتب عليه، وأخيراً نتعرف على أسباب انقضاء الاجل وسقوطه.

المطلب الأول

التعريف بالأجل وأنواعه

ويقتضى التعريف بالأجل أن نقف على ماهية الأجل وبيان خصائص ثم نعرض بعد ذلك لأنواع الأجل.

أولاً – ماهية الأجل وخصائصه:

قد عرفت المادة ١/٢٧١ مدنى الاجل، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتبين خصائص الاجل.

١- ماهية الأجل: الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام أو انقضاؤه دون أن يكون لذلك أثر رجعى[1] وكما هو واضح من هذا التعريف أن الأجل اما أن يكون واقفاً يترتب عليه ارجاء نفاذ الالتزام، واما أن يكون فاسخاً فيؤدى إلى انقضاء الالتزام. والأجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً للالتزام بالمعنى الفنى الدقيق لأنه لا يعدل من آثار الالتزام، إذ يجوز للدائن أن يطلب تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ فور نشوئه فالأجل الفاسخ هو الذى يحدد النطاق الزمنى للالتزام.

٢- خصائص الأجل: والأجل، سواء كان واقفاً أو فاسخاً، يتسم بعدة خصائص فهو أمر مستقبل، وأمر محقق الوقوع.

١- الأجل أمر مستقبل، فالأجل عادة ما يكون تاريخاً معيناً يحدد لنفاذ الالتزام أو لانقضائه على النحو السابق بيانه.

٢- الاجل أمر محقق الوقوع: وهذا هو الفارق الجوهرى بينه وبين الشرط ولذلك نجد أن الالتزام المضاف إلى أجل مصيره معروف فإذا كان الاجل واقفاً كان من المحقق أن الالتزام سيصير نافذاً، وان كان الاجل فاسخاً كان من المحقق أن الالتزام سينقضى. أما الالتزام المعلق على شرط فان مصيره مجهول، من كان وقفاً

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٢١٠.

فلا يدرى أيتحقق فيوجد الالتزام أم يتخلف فيمتنع وجوده، وان كان فاسخاً فلا يدرى أيتحقق فيزول الالتزام أم يتخلف فيتأيد الالتزام نهائياً.

لكن إذا كان الاجل أمر محقق الوقوع إلا أن هذا لا يقتضى التيقن من تاريخ الوقوع، فميعاد حلول الاجل قد يكون محدد التاريخ، وقد يكون غير معروف التاريخ، ومع ذلك يبقى الاجل محقق الوقوع. وقد نصت المادة ٢/٢٧٢ على أنه «يعتبر الاجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه» وعلى ذلك فان الموت يعتبر أجلاً رغم انتفاء التيقن من حينه لأن وقوعه أمر محتم لا شبهة فيه. فعدم التيقن ينصب هنا على تاريخ وقوع الأمر لا على الأمر ذاته. أما إذا كان عدم التيقن ينصب على الأمر ذاته لا على تاريخ وقوعه فانه يعتبر شرطاً لا أجلاً.

ثانياً: أنواع الأجل

يقسم الاجل من حيث مصدره إلى أنواع ثلاثة: اتفاقي، وقانوني، وقضائى

١- الأجل الاتفاقي: مصدره ارادة المتعاقدين. وقد يكون هذا الأجل صريحاً أو ضمنياً. والأجل الصريح هو الذى يتفق عليه صراحة. أما الأجل الضمنى فهو أجل يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الالتزام. ومثاله الالتزام بتوريد أغذية للمدارس، فهو التزام مضاف إلى أجل واقف وهو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو موعد انتهائها. وكذلك ولو كان الالتزام التزاماً بعمل يقتضى اتمامه مدة من الزمان، كالتزام المقاول والتزام الناقل يعتبر كليهما مضافاً إلى أجل واقف، ولو لم يحدده المتعاقدان صراحة، يتمثل فى المدة اللازمة لاتمام بناء المنزل أو نقل البضاعة. والقاضى هو الذى يحدد مدة الأجل فى مثل هذه الحالات، مسترشداً فى ذلك بطبيعة الالتزام وكيفية تنفيذه، ومكان التنفيذ وعرف الجهة.

٢- الأجل القانوني: هو الأجل الذى يكون مصدره القانون ومن أمثلة الاجل القانونى الواقف الوصية إذ هى مضافة إلى أجل واقف هو موت الموصى. ومن أمثلة الأجل القانونى الفاسخ انقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع (م ١/٩٣٣) أو انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء (م ٥٢٨ مدنى). ومن ذلك أيضاً ما يقرره القانون فى أوقات الازمات الاقتصادية من تأجيل لبعض الديون ويسمى هذا التأجيل Moratorium.

٣- الاجل القضائي: وهو الاجل الذى يكون مصدره القضاء وهو ما يسمى عادة بنظرة الميسرة أو مهلة الوفاء La délai de grâce وهذا الأجل القضائى هو أجل واقف يمنحه القاضى للمدين عاثر الحظ حسن النية إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم (م ٢/٣٤٦). وتتميز نظرة الميسرة بأنها أضعف أثراً من الاجل الاتفاقى، فهى لا تمنع من وقوع المقاصة أو من التمسك بالحق فى الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الثاني
آثار الأجل

فقد سبق أن رأينا أن الاجل الفاسخ لا يعتبر وصفاً بالمعنى الفنى الدقيق حيث أنه لا يعدل من آثار الالتزام.

يجب التفرقة فى هذا الصدد بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ.

أولا – أثر الأجل الواقف:

القاعدة أنه «إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فانه لا يكون نافذا إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، على أنه يجوز للدائن، حتى قبل انقضاء الأجل، أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقوقه، وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول» (م ١/٢٧٤ مدنى).

وعلى ضوء ذلك نجد أن الأجل الواقف يترتب عليه ارجاء نفاذ الالتزام إلى أن يحل الأجل المحدد. ولكن من ناحية أخرى فان الأجل لا يؤثر على وجود الالتزام لأنه أمر مستقبل محقق الوقوع. ولذلك فان هناك آثار تترتب على وجود الالتزام، وآثار أخرى تترتب على عدم نفاذه.

١- الآثار التى تترتب على وجود الالتزام قبل حلول الأجل:

الالتزام المضاف على أجل واقف التزام موجود. ويترتب على وجود الالتزام عدة نتائج نجملها فيما يلى:

أ – للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يكفل له المحافظة على حقه – كقيد الرهن المقرر لضمان حقه، وتجديد هذا القيد، والتدخل فى اجراءات القسمة التى يكون المدين طرفا فيها، وله أن يطلب وضع الاختام، كما له التدخل فى الدعاوى المرفوعة من المدين أو عليه ليحول دون وقوع غش أو تواطؤ للاضرار بحقه.

ب – للدائن أن يطالب بتأمين إذا خشى افلاس مدينه أو اعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول (م ١/٢٧٤). فإذا لم يقدم التأمين المطلوب، كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل قياسا على حكم المادة ٢/٢٧٣ التى تقضى بسقوط الأجل إذا لم يقدم المدين ما وعده فى العقد بتقديمه من تأمينات.

جـ – للدائن أن يلجأ إلى الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية للمحافظة على ضمانه العام، أما الدعوى البوليصية فلا يستطيع الدائن الالتجاء إليها لأن حقه غير مستحق الأداء.

٢- الآثار التي تترتب على عدم نفاذ حق الدائن قبل حلول الأجل:

إذا كان الالتزام المضاف إلى أجل واقف التزام موجود ولكن غير نافذ. ويترتب عدم نفاذ الالتزام عدة نتائج نجملها فيما يلي:

أ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على وفاء الالتزام المؤجل قبل حلول الأجل. فالالتزام المؤجل التزام غير مستحق الأداء لا يقبل التنفيذ الجبرى. وإذا رفع الدائن دعوى ضد المدين يطالبه بالوفاء قبل حلول الأجل كان المدين أن يدفع بعدم قبولها. كما لا يجوز لدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بالوفاء ولو أعلن أنه لن يقوم بتنفيذ الحكم إلا بعد حلول الأجل.

ب - لا يجوز للدائن أن يتمسك بالمقاصة القانونية بين حقه المؤجل وبين ما قد ينشأ في ذمته من دين لمدينه، فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهرى فلا تقع إلا بين دينين مستحقى الأداء (م ١/٣٦٢ مدنى).

جـ - لا يسرى التقادم المسقط إلا من وقت حلول الأجل لأنه قبل حلول الأجل لم يكن للدائن أن يطالب بحقه.

، - إذا وفى المدين مع علمه بقيام الأجل اعتبر هذا منه نزولا عن الأجل، لكن إذا كان المدين يجهل قيام الأجل فله الرجوع على الدائن بدعوى غير المستحق ليسترد ما أداه (م ١/١٨٣). ولما كان الأجل أمر محقق الوقوع، فإذا استرد المدين ما دفعه فمن المحقق أنه سيكون مجبرا على أدائه ثانية عند حلول الأجل، ولذلك أجاز المشرع للدائن، بدلا من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند استحقاقه، أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر (م ٢/١٨٣) وفى هذا ما يحقق مصلحة الدائن من اتقاء اعسار مدينه دون الاضرار بهذا الاخير. فمثلا إذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله مبلغا من النقود، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل.

- حلول الأجل: يترتب على حلول الأجل أن يصبح الالتزام منجزا فيصير حق الدائن مستحق الاداء وترتبت عليه كافة آثار الالتزام لكن دون أن يكون لحلول الأجل أثر رجعي، فلا يعتبر الالتزام نافذاً من وقت الاتفاق بل من وقت انتهاء الأجل فحسب. وتطبيقاً لذلك يكون للمدين أن يدفع بعدم قبول دعوى الدائن إذا كان قد رفعها مطالبا بالوفاء قبل حلول الأجل ولو انتهى الأجل اثناء نظر الدعوى. ومما تجدر الاشارة إليه أن مجرد انتهاء الأجل لا يكفى لاعتبار المدين متأخرا إذا لم يقم بتنفيذ التزامه، بل لابد

من اعذاره ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك[1]. وبحلول الاجل يصبح حق الدائن مستحق الاداء وبالتالى يستطيع استعمال الدعوى البوليصية واتخاذ اجراءات التنفيذ لاستيفاء حقه، ويسرى التقادم المسقط، ويمكن ان تقع المقاصة بين حق الدائن وبين ما ينشأ فى ذمته من دين لمدينه إذا توافرت شروط المقاصة الاخرى.

ثانيا: أثر الأجل الفاسخ:

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمنى ينتهى به الالتزام. وعلى ذلك فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ التزام موجود ونافذ، أى أن للدائن حقا مستحق الأداء، ويترتب عليه كافة آثار الالتزام المنجز كل ما هنالك إذا انتهى الأجل الفاسخ انقضى الالتزام بالنسبة للمستقبل فقط دون أن يكون له أثر رجعى (م ٢/٢٧٤ مدنى). فعقد الايجار ينتهى بانتهاء الأجل المحدد له. وعقد الايراد المرتب مدى الحياة ينتهى بوفاة الدائن. وانتهاء العقد يكون بالنسبة للمستقبل دون أن يكون له أثر رجعى. لكن الاجر والمرتبات التى استحقت عن المدة السابقة على انقضاء الأجل ولم يتم الوفاء بها تظل دينا يلتزم به المستأجر والمدين.

ولذلك نجد أن الأجل الفاسخ لا يعتبر وصفا للالتزام بالمعنى الفنى الدقيق وانما هو أجل لانقضاء الالتزام بتمام تنفيذه[2]. ولذلك فقد يكون أكثر دقة فى التعبير أن يستبدل باصطلاح «الأجل الفاسخ» اصطلاح «الأجل المنهى» إذ أن الفسخ قد يثير فى الذهن معنى الاثر الرجعى فى حين أن الأجل مجرد من هذا الاثر[3].

المطلب الثالث
انقضاء وسقوط الأجل

فى هذا الصدد سنعرض لطرق إنقضاء الأجل، ثم ندرس بعد ذلك أسباب سقوط الأجل.

أولا – طرق انقضاء الأجل

ان حلول الأجل هو الطريق الطبيعى لانقضائه، سواء كان الأجل واقفا أو فاسخا. لكن قد ينتهى الأجل قبل حلوله بالتنازل عنه ممن قرر الأجل لمصلحته.

١ – حلول الأجل: يحل الأجل إذا تحقق الامر المنتظر، الوفاة مثلا، أو انقضى الميعاد المضروب.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٧ ص ٢٨٥، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٣٥ ص ٢١٤، ٢١٥.

(٢) عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، فقرة ١٩١ ص ٢١٦.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٢٨٥، ٢٨٦.

٢ - النزول عن الأجل: ينقضى الأجل بالنزول عنه من جانب ممن تقرر هذا الأجل لمصلحته، ويقع ذلك بإرادته المنفردة. لكن إذا كان الأجل قد تقرر لمصلحة المتعاقدين معا، فانه يمتنع على أيهما أن يستقل بالتنازل عنه، بل يتعين عليه الاتفاق على ذلك مع المتعاقد الآخر.

ومن هنا تظهر أهمية تحديد الطرف الذى تقرر الأجل لمصلحته، لأنه إذا كان الأجل مقررا لمصلحة المدين فيجوز له النزول عنه والوفاء بالدين قبل حلوله، على حين يمتنع على الدائن المطالبة بالدين قبل هذا الوقت. وإذا كان الأجل مقررا لمصلحة الدائن، فله المطالبة بالوفاء قبل حلوله، على حين لا يجوز للمدين أن يتمسك بميعاد الوفاء.

والأصل فى الأجل أنه مقرر لمصلحة المدين إلا إذا تبين من الاتفاق أو نص القانون أنه تقرر لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا. وتطبيقا لذلك نجد أن الأجل مقرر لمصلحة المدين فى القرض بدون فائدة، ولذلك يجوز له رد مبلغ القرض قبل حلول الأجل. وفى الوديعة الأجل مقرر لمصلحة الدائن، وهو المودع، ولذلك يكون له التنازل عنه ومطالبة المودع عنده برد الوديعة قبل انقضاء الأجل المتفق عليه. أما فى القرض بفائدة فان الأجل يعتبر مقررا لمصلحة الدائن والمدين معا، لأن من مصلحة الدائن بقاء الأجل قائما ليحصل على ما يغله مبلغ القرض من فائدة، ومن مصلحة المدين بقاء الأجل للانتفاع بمبلغ القرض طوال مدته. ولذلك فان الاصل أنه لا يستقل أى من الطرفين بالتنازل عن الأجل. لكن المشرع، تمشيا مع سياسة محاربة الربا أجاز للمقترض بعد انقضاء ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى الغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الاشهر التالية للاعلان فحسب، ولا يجوز بوجه من الوجوه الزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء، ولا يجوز الاتفاق على اسقاط حق المقترض فى الرد أو الحد منه (م ٥٤٤ مدنى).

ثانيا - أسباب سقوط الأجل:

قد نصت المادة ٢٧٣ على أسباب ثلاثة لسقوط حق المدين فى الأجل:

١- شهر الافلاس أو الاعسار: وعلة سقوط الأجل فى هذه الحالة هى أن الدائن لم يمنح المدين أجلا للوفاء إلا لثقته فى يساره، فاذا أشهر أفلاسه أو اعساره فمعنى ذلك أنه لم يكن أهلا لهذه الثقة. كما أن اسقاط آجال الديون فى هذه الحالة تقضيه ضرورة تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين.

ومما تجد الاشارة إليه في هذا الصدد أن الحكم بشهر الاعسار لا يترتب عليه حتما سقوط آجال الديون إذ قد تقضي المحكمة بالابقاء عليه بناء على طلب المدين. كما أن سقوط الأجل بسبب شهر الافلاس أو الاعسار لا يتعدى أثره إلى المدين المتضامن مع المفلس أو المعسر، أو إلى كفلائه، فلا يلتزم هؤلاء بالوفاء إلا عند حلول الأجل.

٢ – اضعاف التأمينات الخاصة: فيسقط حق المدين في الأجل إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان اضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لارادة المدين فيه، فان الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا (م ٢/٢٧٣ مدني) ويتضح من ذلك أن يشترط لسقوط الأجل في هذه الحالة توافر شروط معينة هي:

أولا – أن يكون الاضعاف متعلقا بتأمين خاص ويستوى أن يكون مصدر هذا الضمان الخاص الاتفاق أو القضاء أو القانون. ويستوى أن يكون الضمان الخاص قد رتب بعقد معاصر أو لاحق لنشوء الدين أو بنص القانون. وعلى ذلك لا يسقط الأجل لمجرد اضعاف الضمان العام كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له أو أهمل في المحافظة عليها حتى هلكت. كذلك لا يسقط الأجل بسبب اضعاف حقوق الامتياز العامة.

ثانيا – أن يكون اضعاف التأمين الخاص راجعا إلى فعل المدين. ويستوى أن يكون فعلا عمديا أو مجرد اهمال ويترتب على ذلك أن يكون للدائن استيفاء الدين فورا نظرا لسقوط الأجل ومع ذلك أجاز القانون للدائن أن يطالب المدين بتأمين اضافي يكمل به التأمين الاصلي مع بقاء الأجل.

أما إذا كان لضعاف الضمان الخاص راجعا إلى سبب لا دخل لارادة المدين فيه، كما لو انهدم العقار المرهون بفعل قوة قاهرة أو أفلس الكفيل، فان الأجل يسقط كذلك. غير أن المدين في هذه الحالة يستطيع أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضمانا كافيا، أي أن الخيار في هذا الفرض للمدين، على حين أنه للدائن في الفرض السابق.

ثالثا – أن يكون اضعاف التأمين الخاص جسيما أي إلى «حد كبير» ويقصد بذلك أن يقل التأمين عن قيمة الدين بحيث لا يعطى للدائن ضمانا كافيا للحصول على كامل حقه.

٣- تخلف المدين عن تقديم ما وعد به من تأمينات: إذا وعد المدين في العقد المنشئ للالتزام بتقديم تأمين خاص للدائن، كرهن أو كفالة، ثم تخلف عن تنفيذ ما وعد به، كان هذا سببا لسقوط الأجل وحلول الدين. والعلة في ذلك واضحة، حيث أن الدائن لم يرض بمنح المدين أجلا إلا اعتمادا على التأمينات الخاصة التي وعد بها المدين.

الفصل الثانى
تعدد محل الالتزام

- لا يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل آثار الالتزام فى جميع الأحوال فقد يكون الالتزام متعددة المحل Obligation Conjonctive وهو الذى يكون محله مشتملا على عدة أشياء يجب على المدين أداؤها جميعا، حتى تبرأ ذمته. مثال ذلك أن يلتزم المتقايض بتقديم دار ومبلغ من النقود. وحكم هذا الالتزام هو حكم الالتزام البسيط ذى المحل الواحد، فلا تبرأ ذمة المدين بأداء جميع الاشياء المعتبرة محلا للالتزام. ولا يوجد هنا أى تعديل لآثار الالتزام.

- ولكن هناك حالات أخرى يترتب على تعدد محل الالتزام تعديل فى آثار الالتزام من ذلك حالة الالتزام التخييرى، وحالة الالتزام البدلى. ولنر تفصيلا حكم هذه الالتزامات.

المبحث الأول
الالتزام التخييرى

ولدراسة الالتزام التخييرى يجب أولا معرفة متى يعتبر الالتزام تخييريا ثم نعرض بعد ذلك لحكم الالتزام التخييرى.

أولا: متى يعتبر الالتزام تخييريا:

يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحد منها (م ٢٧٥ مدنى).

وعلى ضوء ذلك يشترط لالحاق وصف التخيير بالالتزام ما يلى:

١ - أن يرد الالتزام على عدة أداءات على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار.

٢ - أن تكون هذه الاداءات مستوفية للشروط القانونية للمحل، وعلى ذلك فاذا التزم المدين بأحد أمرين، أحدهما غير مشروع، فلا يكون الالتزام تخييريا. بل هو فى الحقيقة التزام بسيط غير موصوف، ويقتصر محله على الاداء الذى توافرت فيه صلاحية الالتزام دون غيره[1].

٣ - أن المدين لا يلزم عند الوفاء إلا بأداء أحد هذه المحال المتعددة فقط.

---

(١) المذكرة الايضاحية، فى الاعمال التحضيرية، جـ ٣ ص ٣٨

ثانيا: حكم الالتزام التخيرى:

١ - **لمن يثبت حق الخيار:** الاصل أن يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن (م ٢٧٥ مدنى). وإذا امتنع من له الخيار عن استعماله، اختلف الحكم بحسب ما إذا كان الخيار للمدين أم للدائن:

(١) فاذا كان الخيار للمدين ثم امتنع عن الاختيار أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضى نفسه تعيين محل الالتزام (م ٢٧٦/ ١ مدنى).

(٢) أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضى أجلا بناء على طلب المدين، فاذا انقضى هذا الأجل دون أن يتم الاختيار من جانب الدائن أو الاتفاق بين الدائنين، انتقل الخيار إلى المدين نفسه (م ٢٧٦/ ٢ مدنى) لا إلى القاضى، وذلك على خلاف الحالة السابقة.

٢- **كيفية استعمال الخيار وأثره:** يعتبر الخيار قد تم طبقا للقواعد العامة، إذا أخطر صاحب الحق فيه الطرف الاخر بما استقر عليه رأيه، أو متى قام المدين بالوفاء بشئ مما يرد التخيير عليه، إن كان الخيار له، أو متى طالب الدائن بشئ من الاشياء التى يشتمل عليها محل الالتزام، ان كان الخيار له ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضاء الطرف الاخر[1].

وباستعمال حق الخيار، يتحدد محل الالتزام فى الشئ الذى وقع عليه الخيار وينقلب الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط محله شئ واحد هو الشئ الذى وقع عليه الخيار.

ولاستعمال حق الخيار أثر رجعي، بمعنى أنه يعتبر أن الالتزام منذ نشوئه قد انحصر فى محل واحد[2] ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين، ثم وقع الخيار على أحدهما فان الدائن يصبح مالكا لهذا الشئ لا من وقت الخيار بل من وقت العقد ان كان الشئ منقولا معنيا بالذات[3].

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧، ص ٢٢٢، ٢٢٣.
(٢) السنهورى، الوسيط، جـ ٣ فقرة ٩٧ ص ١٦٣، اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ١٥٤، ص ٣٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٤٧، ص ٢٢٣، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ٢٤٠ ص ٢٦٠.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٥٤ ص ٣٠٨، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٤٧ ص ٢٢٣.

٣- حكم هلاك أو استحالة أحد الاداءات او جميعها قبل استعمال الخيار:

- إذا استحال تنفيذ أحد الاداءات بسبب أجنبى قبل استعمال حق الخيار، فان الالتزام لا ينقضى بل يتحدد محله فى الشئ الاخر. أما إذا شملت استحالة التنفيذ جميع الاداءات التى يرد عليها التخيير فان الالتزام ينقضى طبقا للقواعد العامة.

- أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ أحد المتعاقدين فيفرق بين ما إذا كان الخطأ للمدين أم للدائن:

١ - فإذا كان الخيار للمدين وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه فانه يجب التفرقة بين فرضين:

- **الفرض الأول: إذا كانت الاستحالة قد تناولت أحد الشيئين تحدد محل الالتزام فى الاخر وأصبح التزاما بسيطا.**

- **الفرض الثانى: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا المحلين فان المدين يكون مسئولا عن قيمة آخر شئ استحال تنفيذه (م ٢٧٧ مدنى).**

٢ - أما إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطئه فانه يجب التفرقة طبقا للقواعد العامة، بين فرضين:

- **الفرض الأول:** إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد محلى التخيير تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا إذا رأى الدائن استيفاء ما بقى الوفاء به ممكنا، على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه.

- **الفرض الثانى:** إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين برأت ذمة المدين وتعين على الدائن أن يعوضه عن قيمة أحد الشيئين وفقا لما يختاره، أى الدائن، لان الخيار كان له.

٣ - إذا كان الخيار للدائن وكانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فانه يجب التفرقة بين فرضين:

- **الفرض الأول:** إذا كانت الاستحالة قد اقتصرت على أحد الشيئين فان للدائن أن يطالب بقيمة الشئ الهالك، أو أن يطالب بما لم يهلك.

- **الفرض الثانى: إذا كانت الاستحالة قد شملت كلا الشيئين معا فيكون للدائن أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره، لان الخيار كان له.**

المبحث الثاني
الالتزام البدلي

ونكتفي هنا بتحديد متى يعتبر الالتزام بدليا، ثم نعقد مقارنة بينه وبين الالتزام التخييري.

أولا: متى يعتبر الالتزام بدليا:

يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شيئا واحدا، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر (م ٢٧٨ مدني).

ويتضح من ذلك أنه يشترط لالحاق وصف البدل بالالتزام ما يلي:

١- أن يكون للالتزام محل واحد هو المحل الاصلي.

٢- أن يقوم مقام هذا المحل الاصلي شئ آخر هو البديل تبرأ ذمة المدين إذا أدى هذا البديل. مثال ذلك أن يقرض الدائن مبلغا من النقود، يتفق معه على أنه يستطيع عند حلول الاجل، إذا لم يشأ أن يرد مبلغ القرض، أن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة[1].

يجب أن يتوافر في المحل الاصلي جميع الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، وإلا كان الالتزام باطلا. أما البديل فان توافرت فيه الشروط أمكن أن يقوم مقام الاصل، وإلا سقط وبقى الالتزام بمحله الاصلي قائما، ولكن يصبح التزاما بسيطا ذا محل واحد دون بديل[2].

ثانيا: مقارنة بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري:

يتضح مما سبق أن أهم ما يميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري هو أن محل الالتزام البدلي هو الشئ الاصيل وحده مع اعطاء المدين الحق في الوفاء ببديل عنه، في حين أن المحل في الالتزام التخييري هو عدة أشياء وان كان الوفاء لا يتم إلا بواحد منها وفقا لما يختاره صاحب الخيار. ويترتب على هذا الفارق الجوهري بين الالتزامين عدة نتائج:

١ – تتحدد طبيعة الالتزام البدلي من بادئ الامر وفقا لطبيعة الشئ الاصلي وحده دون نظر إلى البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه. فاذا كان الشئ الاصلي عقارا كان الالتزام عقاريا ولو كان البديل منقولا، والعكس صحيح. وكذلك الحال

(١) السنهوري، الوسيط، جـ ٢ الفقرة ١٠٤ ص ١٧٨.
(٢) السنهوري، المرجع السابق، فقرة ١٠٤، ص ١٧٩.

فيما يتعلق بتقدير قيمة الالتزام ولهذا أهميته من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع. أما اذا كان الالتزام تخييريا فلا يمكن تحديد طبيعة الالتزام أو تقدير قيمته، اذا اختلف الشيئان فى الطبيعة أو القيمة. إلا عند استعمال صاحب الخيار حقه فى الاختيار

٢ ينقضى الالتزام البدلى إذا أصبح الوفاء بالمحل الاصلى مستحيلاً بسبب اجنبى لا يد للمدين فيه، وتبرأ ذمة المدين، ولو كان من الممكن الوفاء بالبدل. أما اذا كان الالتزام تخييريا واستحال أحد الشيئين فلا تبرأ ذمة المدين بل يجب عليه أن يؤدى إلى الدائن الشئ الآخر.

٣ - فى الالتزام البدلى ليس للدائن ألا يطالب بالشئ الأصلى فقط ويكون للمدين قبل الحكم أو بعده أن يعرض على الدائن البدل دون الشئ الأصلى. أما إذا كان الالتزام تخييريا، فعلى الدائن أن يطالب بالشيئين حتى يترك الخيار للمدين، الا إذا كان هو صاحب الخيار فيستطيع أن يقصر المطالبة على ما يقع عليه اختياره.

الفصل الثالث

تعدد طرفى الالتزام

١ – القاعدة – انقسام الالتزام بقدر عدد الدائنين أو المدينين:

– الأصل فى الالتزام هو أن يكون التزاماً بسيطاً فيه مدين واحد ودائن واحد. لكن قد يتعدد المدينون أو الدائنون. والقاعدة فى هذا الصدد هى أن ينقسم الالتزام بينهم، أى أن تتعدد الالتزمات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد. على ذلك فان تعدد طرفى الالتزام لا يغير من قواعد تنفيذه شيئاً، لأنه ليس لكل دائن في حالة تعدد الدائنين، أن يطالب بأكثر من حصته فى الدين، ولا يلزم كل مدين، فى حالة تعدد المدينين، إلا بقدر نصيبه فى الدين.

– وتعدد الأطراف اما أن يوجد ابتداء، واما أن يطرأ فيما بعد، أى بعد أن نشأ الالتزام فى أول الأمر بين دائن واحد ومدين واحد.

• ومثال تعدد طرفي الالتزام ابتداء أن يبيع ملاك على الشيوع العين الشائعة بينهم فيكون كل منهم دائناً للمشترى بالثمن بقدر نصيبه فى العين المبيعة. فعقد البيع في هذه الحالة قد أنشأ فى ذمة المشترى التزامات متعددة بقدر عدد الدائنين بالثمن، وكل من هذه الالتزامات مستقل عن الأخر مما قد ينتهى به إلى مصير يختلف عن مصير غيره بالرغم من وحدة المصدر. ويتعدد المدينون إذا اشترى عدة أشخاص عيناً على الشيوع فيما بينهم، فيكون كل منهم مدين بالثمن للبائع بقدر نصيبه فى العين المشتراه، ولا يستطيع البائع أن يطالب أى منهم إلا بقدر تلك الحصة، وبذلك قد ترتب على تعدد المدينين تعدد الالتزامات.

• وقد يكون هذا التعدد طارئاً بعد أن نشأ الالتزام موحداً فى أول الأمر، ويتحقق ذلك إذا توفى الدائن عن عدة ورثة، فينقسم الحق بينهم إلى عدة حقوق، فلا يجوز لأى منهم أن يطالب المدين بما يزيد عن حصته إلا بوصفه نائباً عن الباقين. فقد تعددت التزامات المدين بتعدد دائنيه.

٢ – الاستثناء – وحدة الدين نتيجة التضامن أو عدم القابلية للانقسام :

يترتب على الحاق الالتزام بوصف التضامن أو عدم القابلية للانقسام أن يحول ذلك الوصف دون انقسام الحق فى حالة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين.

وللأهمية العملية للتضامن كوسيلة من وسائل الضمان الشخصى وكذلك عدم القابلية للانقسام. ونظراً لما يترتب على الحاقهما بالتزام من تعديل فى سار هذا الالتزام، فانه يجب أن نعرض بشئ من التفصيل لأحكام كل منهما.

المبحث الأول
التضامن

التضامن الايجابى والتضامن السلبى :

التضامن وصف يحول دون انقسام الحق فى حالـة تعدد الدائنين أو الالتزام فى حالة تعدد المدينين، وهو على هذا النحو قد يكون تضامنـاً ايجابيـاً Solidarité active أو تضامناً سلبياً Solidarité passive.

– وفى كل من التضامن الايجابى والتضامن السلبى يكون هناك التزام واحـد تعدد أحد طرفيه. ففى حالة ما إذا باع الملاك على الشيوع العين الشـائعة، قد يتفق فى عقد البيع على أن يكونوا جميعاً دائنين متضامنين فـى الثمن، فيكون لأى منهم أن يطالب المشترى بكل الثمن. وفى حالة ما إذا أشترى عدة أشخاص عينـاً علـى الشيوع فيما بينهم، قد يتفق على أن يكونوا جميعاً مدينين متضامنين بـالثمن، فيكون للبائع يطالب أياً منهم بالثمن كاملاً.

– ولما كان فى التضامن خروج على قاعدة انقسام الالتزام فـى حالـة تعدد أطرافه، بحيث تتعدد الالتزامات بقدر عدد الدائنين أو المدينين، فقد نص المشرع فى المادة ٢٧٩ مدنى علـى أن التضـامن بنوعيه لا يفترض. ولا يقصد بذلك وجوب اشتراطه بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الارادة ضمناً، بحيث يمكن استخلاصه من الظروف لكن ينبغى فى هذه الحالة أن تكون وقائع الحال قاطعة فى الدلالة على هذا الاتفاق، فاذا اكتنف الشك هذه الدلالة فلا تضامن. على أن قاعدة عـدم افتراض التضامن قاصره على المسائل المدينة. أما المسـائل التجاريـة فالقـاعدة أن التضـامن السلبى مفترض الا إذا اتفق على استبعاده، لما فى ذلك من تيسير لعملية الائتمان.

• والتضامن السلبى كثير الوقوع فى الحياة العملية لما يكفله للدائن من ضمـان شخصى قوى، إذ يصبح للدائن، نتيجة التضامن أكثر من ضمـان عام يستطيع الدائن أن يرجع على أى منهما لاستيفاء حقه كـاملاً. ولذلك يفوق التضـامن وسـائل التـأمين الشخصى الأخرى، كالكفالة مثلاً، حيث أنه فى التضامن يكون التزام كل من المدينيـن التزاماً أصلياً، فى حين أن التزام الكفيل التزام تبعى لحتياطى لالتزام المدين الأصلى.

• أمـا التضـامن الايجـابى فهو نـادر فـى الحيـاة العمليـة، ذلـك أن الغـرض المقصود منه هـو مجرد تسـهيل عمليـة استيفاء الحق، إذ يكون لكـل مـن الدائنين المتضامنين أن يستوفى كامل الحق من المدين، كمـا يكون لهذا الأخير أن يوفـى بالدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء. ولذلك من الميسور تحقيق هذا الغـرض دون حاجة للالتجاء إلى التضامن. وذلك بأن يوكل الدائنون أحدهم فى قبض الدين،

وفى العمل يفضل الدائنون اتباع هذا الطريق الأخير ومن الأمثلة العملية النادرة للتضامن الايجابى فتح حساب ايداع نقود فى أحد البنوك لمصلحة جملة أشخاص فيكون لكل منهم الحق فى سحب المبالغ من الحساب. مثال ذلك فتح حساب لمصلحة زوجين. وهذا الحساب يسمى بالحساب المشترك Compte joint.

ويحكم التضامن سواء كان ايجابياً أو سلبياً ثلاثة مبادئ:

١ - وحدة الدين.
٢ - تعدد الروابط.
٣ - النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

ولبيان تلك الأسس ينبغى أن نبدأ بدراسة التضامن السلبى حيث أنه قد عنى به المشرع بتفصيل قواعده (م ٢٨٤ - ٢٩٩ مدنى) لما له من أهمية عملية، فى حين أنه قد أجمل قواعد التضامن الايجابي (م ٢٨٠ - ٢٨٣ مدنى). وسوف ندرس إلى جانب التضامن السلبى التضامم أيضاً لما له من أهمية فى الحياة العملية.

المطلب الأول
التضامن السلبى

ولدراسة التضامن السلبى يجب أن نقف أولاً على التعريف به وأهميته للائتمان، ثم نعرض بعد ذلك لدراسة أحكام هذا التضامن.

أولاً - التعريف به وأهميته للائتمان :

وهنا يجب أن نتصدى لتحديد المقصود بالتضامن السلبى ثم نقوم بتحليل عناصره لنقف على حقيقة هذا النظام، ثم نعرض بعد ذلك لأهميته للائتمان.

١ - تعريف وتحليل :

- نستطيع أن نقول أن التضامن السلبى وصف يلحق بالاتفاق أو بالقانون، الالتزام الذى يتعدد فيه المدينون، بحيث يصبح كل مدين مسئولاً قبل الدائن عن كل الدين فى مقابل أن وفاء أى مدين بالدين للدائن يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين.

• وكما هو واضح فان الأثر الرئيسى للتضامن هو منع انقسام الالتزام فى العلاقة فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين. أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فان الدين ينقسم عليهم طبقاً للقاعدة العامة، بحيث أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين، فلا يحق له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين.

• ولكن مما تجدر الاشارة إليه أنه فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين إذا كانت القاعدة هى وحدة الدين، بمعنى أن هناك موضوعا واحداً لالتزام المدينين المتضامنين وأن كلاً منهم قد التزم بالدين كله، إلا أن ذلك لا ينفى أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم، ازاء الدائن عن مركز الآخر. فكل من المدينين المتضامنين قد التزم بالدين بناء على ارتباط قانونى خاص به، واتفاق هذه الروابط المتعددة من حيث الموضوع لا ينفى استقلال كل منهما عن الآخر، ولهذا الاستقلال مظاهر متعددة سنعرض لها عند الكلام عن أحكام هذا التضامن.

٢ - مصادر التضامن السلبى :

سبق أن رأينا أن القاعدة عند تعدد المدينين هى انقسام الالتزام بينهم، أى أن تعدد الالتزامات بقدر عددهم، ولو كانت هذه الالتزامات جميعاً قد نشأت من مصدر واحد. على ذلك فاذا أريد الخروج على قاعدة انقسام الدين بين المدينين قبل الدائن فلابد من اتفاق أو نص فى القانون. وهذا ما أكدته المادة ٢٧٩ بنصها على أن «التضامن بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون»[١].

وعلى ضوء ذلك فان مصدر التضامن السلبى قد يكون الاتفاق أو نص القانون والغالب أن يشترط الدائن التضامن ويرتضى ذلك المدينون، فيكون الاتفاق عندئذ مصدراً للتضامن. وقد ينص القانون فى بعض الحالات على تضامن المدينين، فان الحالات التى نص القانون المدنى على التضامن فيها تعتبر واردة على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها. ومن ذلك مثلاً تضامن المسئولين عن عمل ضار فى التزامهم بالتعويض عن الضرر (م ١٦٩ مدنى)، وتضامن الموكلين المتعددين قبل الوكيل فى تنفيذ الوكالة (م ٧١٢ مدنى) وتضامن الكفلاء فى الكفالة القضائية والقانونية (م ٧٩٠ مدنى).

٣ - الأهمية العملية للتضامن السلبى فى نطاق الائتمان:

تضامن المدينين يهيئ للدائن وسيلة سهلة وفعالة من وسائل التأمين الشخصى قلما تدانيه وسيلة أخرى حتى الكفالة وهذا ما يفسر افتراض التضامن بين المدينين فى المسائل التجارية. كما أنه يندر أن يفوت الدائن فى المسائل المدنية اشتراط التضامن بين مدينيه المتعددين، أو بين مدينه والكفيل الذى يقدمه.

وعلى ذلك فالتضامن السلبى يمكن المدينين من الحصول على الائتمان اللازم ويشجع الدائن على منح هذا الائتمان. فالتضامن ييسر للدائن اجراءات المطالبة بالدين، فيستطيع أن يرجع على أى من المدينين شاء ليطالبه بكل الدين.

---

(١) نقض ١٩٩١/٤/٢٨ س ٤٢ ص ٩٤٥.

كما أن التضامن يجنبه مخاطر اعسار أحد المدينين ويلقى بهذه المخاطر على المدينين المتضامنين الذين يتحملون فيما بينهم نتيجة اعسار أحدهم، على النحو الذى سوف نراه تفصيلاً فيما بعد.

ثانياً : أحكام التضامن السلبى

إذا كان الأثر الرئيسى للتضامن بين المدينين هو منع انقسام الدين إلا أن ذلك يقتصر فقط على علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. أما فى علاقة المدينين المتضامنين بعضهم ببعض فان القاعدة هى انقسام الدين عليهم.

ولدراسة أحكام التضامن السلبى ينبغى التفرقة بين: ١- علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، ٢- علاقة المدينين فيما بينهم.

١ - علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين

سبق أن رأينا أن الأثر الرئيسى للتضامن فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين، هو وحدة الدين، بمعنى أن يسأل كل مدين قبل الدائن عن كل الدين، ومع ذلك فان هذا لا ينفى أن هناك عدة مدينين قد يختلف مركز كل منهم، ازاء الدائن، عن مركز الآخر، أى أن وحدة الدين لا تنفى تعدد الروابط وهاتان الفكرتان الجوهريتان هما اللتان تحكمان آثار التضامن فيما بين الدائن والمدينين المتضامنين، يضاف إلى هاتين الفكرتين فكرة ثالثة وهى فكرة النيابة التبادلية بين المدينين. هذه هى الأفكار الثلاثة الرئيسية التى تحكم هذه العلاقة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ - وحدة الدين:

يترتب على التضامن بين المدينين أن يصبح كل مدين مسئولا قبل الدائن عن كل الدين، بمعنى أن للدائن أن يطالب أى مدين شاء بالدين كله، وفى مقابل ذلك فان الوفاء بكل الدين من جانب أحد المدينين المتضامنين يبرئ ذمته وذمة سائر المدينين. كما يجوز لأى من المدينين المتضامنين أن يحتج بالدفوع المشتركة بينهم فى مواجهة الدائن عند مطالبته بالوفاء وهذا ما يفسر المقصود بوحدة الدين فى علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين. ولنر هذه النتائج بشئ من التفصيل:

(١) مطالبة أى مدين بكل الدين: إن أهم النتائج التى تترتب على التضامن **السلبى وتمليها وحدة الدين هو حق الدائن فى أن يطالب أى مدين منفرداً بكل الدين، كما يجوز له أن يطالب المدينين مجتمعين (م ٢٨٥/٢ مدنى). وللدائن مطلق الحرية فى اختيار من يوجه إليه المطالبة منهم، وذلك إذا رجع على المدينين منفردين، فان لم يستوف منه حقه كاملاً بسبب اعساره، كان له الرجوع بباقى الدين على غيره من المدينين.**

وعند مطالبة الدائن أحد المدينين منفردا بالدين كله ليس لهذا الأخير أن يطالب من الدائن اختصام باقى المدينين بل كل ماله أن يطلب تأجيل الدعوى لادخال باقى المدينين (م ١١٩ مرافعات).

(٢) الوفاء بالدين من جانب أحد المدينين يبرئ سائر المدينين:

يقابل حق الدائن فى استيفاء كل الدين من أى من المدينين أن الوفاء من جانب أحد المدينين بكل الدين يترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يعود إلى مطالبة الباقين بالدين. وكذلك الحال إذا قبل الدائن وفاء جزئياً من أحد المدينين، فانه يترتب على ذلك براءة ذمة الباقين بقدر ما استوفاه، بمعنى أنه لا يجوز أن يطالب المدينين الآخرين، إلا فى حدود ما تبقى من الدين فالتضامن لا يسمح للدائن بأن يستوفى أكثر من الدين الثابت له وهذا ما أكدته المادة ٢٨٤ مدنى بنصها على أن «... وفاء أحدهم بالدين يبرئ لذمة الباقين. ويأخذ حكم الوفاء فى ذلك بأن يقضى أحد المدينين للدائن حقه، بما يعادل الوفاء. فاذا كان الدائن مديناً فى نفس الوقت لأحد المدينين المتضامنين فطالب هذا المدين بالوفاء بالالتزام التضامنى، كان للمدين أن يتمسك بالمقاصة متى توافرت شروطها ويترتب على ذلك أن ينقضى الالتزام بالنسبة لسائر المدينين.

وكذلك الشأن إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام. فانه يترتب على ذلك انقضاء الالتزام القديم بالنسبة إلى باقى المدينين وتحمل هذا المدين وحدة الالتزام الجديد الذى قام مقامه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على الباقين كل بقدر حصته فى الدين الذى انقضى بالتجديد، كل ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم. بأن اشترط لتمام التجديد رضاء باقى المدينين الارتباط بالالتزام الجديد، فان تطلب الدائن ذلك ورفضه باقى المدينين امتنع التجديد وظل الالتزام القديم قائماً. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨٩ مدنى بقولها «يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ دمة باقى المدينين، إلا إذا احتفظ بحقه قبلهم».

(٣) تمسك أى من المدينين المتضامنين بأوجه الدفع المشتركة بينهم:

لما كان الدين واحداً بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين فيجوز لأى منهم أن يحتج بأوجه الدفع المشتركة بينهم إذا طالبه الدائن بالوفاء (م ٢/٢٨٥ مدنى) من ذلك بطلان الالتزام بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب، أو المحل، أو عدم استحقاق أداء الالتزام بعد، كما لو كان الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة لكافة المدينين، أو انقضاء كل الدين لسبب من أسباب الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو استحالة التنفيذ لهلاك المحل بقوة قاهرة.

ب - تعدد الروابط:

سبق أن أكدنا أن وحدة الدين التى تترتب على التضامن لا تنفى تعدد الروابط، نتيجة لتعدد المدينين، التى تربط المدينين بالدائن واستقلال كل رابطة عن الأخرى، وتتجلى مظاهر هذا الاستقلال فى: الاعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة، وامتناع الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغير المدين المطالب، وجواز انقضاء رابطة أحد الدائنين لسبب قاصر عليه، فتظل رابطة غيره من المدينين قائمة.

(١) الاعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة:

ان من أهم مظاهر تعدد روابط المتضامنين فى علاقتهم بالدائن هو جواز أن يلحق بكل منها وصف يخالف الوصف الذى يلحق غيرها، فقد تكون رابطة أحد المدينين باته وروابط غيره معلقة على شرط واقف، وقد تكون أحد هذه الروابط منجزة بينما الروابط الأخرى مضافة إلى أجل واقف. كما أنه قد يكون الالتزام فى جملته مؤجلاً بالنسبة لسائر المدينين ثم يسقط الأجل بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فقط بسبب اعساره أو افلاسه أو لغير ذلك من أسباب السقوط.

يترتب على تفاوت الوصف الذى يلحق روابط المدينين المتضامنين أن يتعين على الدائن أن يراعى الوصف الذى يلحق رابطة المدين الذى يريد مطالبته بالدين فاذا كان التزام هذا المدين مؤجلاً أو مضافاً إلى شرط، وجب على الدائن انتظار حلول الأجل أو تحقق الشرط، وفى ذلك تنص المادة ١/٢٨٥ مدنى على أنه «يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين».

(٢) الامتناع عن التمسك بأوجه الدفع الخاصة بمدين آخر:

مظهر آخر من مظاهر تعدد الروابط فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن هو أنه قد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص به لا يتحقق بالنسبة إلى غيره من المدينين كأن يكون أحد المدينين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية، أو يكون قد شاب رضاه عيب كغلط أو تدليس أو اكراه، فى مثل هذه الحالات لا يجوز لغيره من المدينين إذا طالبه الدائن بأداء الدين، أن يتمسك فى مواجهة الدائن بهذا العيب الخاص بالمدين الأول، بل يتعين على المدين الذى يطالبه الدائن أن يوفيه حقه كاملاً. وكذلك الأمر إذا كان الالتزام بالنسبة لأحد المدينين مضافاً إلى أجل واقف فلا يجوز لمن كان الالتزام بالنسبة له منجزاً أن يدفع فى مواجهة الدائن بعدم حلول الأجل، ولو بالنسبة لنصيب المدين الأول، وعلى هذا الحكم نصت المادة

٢/٢٨٥ مدنى بقولها «ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين. ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً».

(٣) انقضاء رابطة الالتزام بالنسبة إلى أحد المدينين دون الباقين:

من مظاهر تعدد روابط المدينين المتضامنين واستقلالها أن مصير كل رابطة مستقل عن الروابط الأخرى. فقد تنقضى رابطة أحد المدينين المتضامنين بسبب لا يقوم إلا بالنسبة إليه فتظل رابطة غيره من المدينين المتضامنين قائمة ولا يجوز لهم أن يتمسكوا بسبب الانقضاء إلا بقدر حصة زميلهم. وقد أورد المشرع فى التقنين المدنى المصرى عدة تطبيقات لهذه القاعدة، فى المقاصة (م ٢٨٧) واتحاد الذمة (م ٢٨٨)، والابراء (م ٢٨٩) والتقادم (م ٢٩٢). أما الوفاء من جانب أحد المدينين المتضامنين فهو يقضى الدين فى جملته (م ٢٨٤) ومثله اتفاق الدائن على تجديد الالتزام مع أحد المدينين المتضامنين دون أن يحتفظ بحقه قبل باقى المدينين (م ٢٨٦)، وقد سبقت الاشارة إلى ذلك، وسنتناول الآن التطبيقات التى أوردها المشرع لهذه القاعدة فيما يلى:

(أولاً) – المقاصة : القاعدة فى هذا الصدد أنه «لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر، إلا بقدر حصة هذا المدين (م ٢٨٧ مدنى). ولنفهم هذه القاعدة ينبغى أن نفرق بين فرضين، **الفرض الأول:** أن يطالب الدائن المدين المتضامن الذى أصبح دائناً له بمبلغ مماثل وتوافرت شروط المقاصة بين الدينين، فى هذا الفرض يستطيع هذا المدين أن يتمسك فى مواجهة الدائن بانقضاء الدين بالمقاصة، وينقضى الدين جميعه ولا يجوز للدائن بعد ذلك مطالبة مدين آخر بالدين، إذ يكون لهذا الأخير أن يدفع بانقضاء الدين بالمقاصة التى تمسك بها المدين الأول. الفرض الثانى: أن يطالب الدائن مديناً متضامناً آخر غير الذى تحققت شروط المقاصة بالنسبة إليه، فيكون لهذا الأخير أن يدفع أيضاً فى مواجهته بالمقاصة التى تحققت شروطها بين الدائن والمدين الآخر، ولكن فى حدود حصة هذا المدين فى الدين[1].

(ثانياً) – اتحاد الذمة: والقاعدة أنه «إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين، فان الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين. إلا بقدر حصة المدين الذى اتحدت ذمته مع الدائن.

---

(١) فى القانون الفرنسى يعتبر الدفع بالمقاصة دفعاً شخصياً بحتاً لا يجوز أن يتمسك به سوى المدين الذى وقعت المقاصة بينه وبين الدائن، فان لم يكن قد تمسك بها فلا يجوز للمدينين الآخرين أن يتمسكوا بتلك المقاصة ولو بقدر حصة ذلك المدين.

ويتحقق اتحاد الذمة إذا توفى الدائن فورثه أحد المدينين أو توفى أحد المدينين فورثه الدائن. وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا المدين فيه. ويكون للمدين الذى ورث الدائن، وللدائن الذى ورث المدين، أن يرجع على أى من المدينين الاخرين بكل ما يتبقى بعد استنزال تلك الحصة منه.

لكن يجب أن نلاحظ أنه فى حالة إذا ما ورث الدائن أحد المدينين المتضامنين وكانت التركة معسرة بحيث أن الدائن لم يستوف إلا بعض حصة المدين المتوفى فى الدين. فانه يكون له الرجوع بما تبقى من هذه الحصة على باقة المدينين، لأن من شأن المتضامن ألا يتحمل الدائن خطر اعسار أى من المدينين.

(ثالثاً) – الابراء: فصل المشرع الأحكام الواجبة الاتباع إذا ما أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فى المواد ٢٨٨-٢٩١. وعلى ضوء هذه النصوص يجب لمعرفة أثر هذا الابراء التفرقة بين فرضين: الابراء من الدين والابراء من التضامن.

(أ) إذا أبرأ الدائن أحد المتضامنين من الدين ذاته :

انقضى الالتزام بالنسبة لهذا المدين، فى علاقته بالدائن فلا يجوز للدائن أن يطالب به. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فان الدائن قد يقصد أن يقتصر أثر الابراء على هذا المدين، وقد يقصد أن يعم أثره سائر المدينين ولنر حكم هاتين الحالتين بشئ من التفصيل:

فى الحالة الأولى: إذا قصد الدائن اقتصار أثر الابراء على أحد المدينين كان له الرجوع على الباقين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى ابرأه، إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الابراء بالحق فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين، وفى هذه الحالة يكون لمن وفى بكل الدين الرجوع على من أبرئ بحصته وبذلك تقتصر الفائدة التى تعود على المدين من الابراء على امتناع مطالبة الدائن له (م ٢٨٩ مدنى).

الحالة الثانية: إذا قصد الدائن بالابراء الصادر منه أن يعم سائر المدينين فان الدين ينقضى فى جملته، على أن هذا الأثر لا يترتب إلا إذا صرح الدائن بذلك، فان لم يصرح به اقتصر أثر الابراء على حصة المدين المبرأ على النحو السابق بيانه (م ١/٢٨٩ مدنى).

(ب) إذا أبرأ الدائن المدين المتضامن من التضامن فحسب:

امتنع عليه مطالبة هذا المدين إلا بقدر حصته فى الدين. فان استوفاها منه كان له الرجوع على الباقين على وجه التضامن بالدين بعد استنزال الحصة التى استوفاها، فان لم يكن قد استوفاها بعد فله مطالبة أى مدين آخر بكل الدين ولهذا الأخير أن

يرجع على المدين المبرأ من التضامن بحصته فى الدين، ما لم تكن ارادة الدائن قد انصرفت إلى ابراء ذمتهم من حصة المدين الذى تم الابراء لصالحه (م ٢٩٠).

أما إذا أبرأ الدائن سائر المدينين من التضامن، فلا ينقضى الدين بداهة، بل ينقسم الدين بينهم، ولا يكون للدائن الرجوع على كل منهم إلا بقدر حصته فى الدين.

وفى جميع الأحوال فان المدينين المتضامنين يشتركون جميعاً فى تحمل حصة المعسر منهم فلا يتحملها المدين الموفى وحده. ويترتب على ذلك أن المدين المبرأ يظل، رغم ابرائه، مسئولاً عن نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م ١/٢٩١). على أنه إذا أخلى الدائن المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين فان هذا الدائن هو الذى يتحمل نصيب هذا المدين فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين (م ٢/٢٩١).

(رابعاً) – التقادم: والقاعدة فى هذا الصدد أنه «إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين. ويحدث هذا الفرض عندما تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون الباقين. ويرجع ذلك إلى اختلاف الوصف الذى يلحق رابطة كل منهم، فان كان الدين منجزاً أو باتاً بالنسبة لمن انقضى دينه بالتقادم، بينما كان الدين مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف بالنسبة إلى غيره، حيث أن التقادم لا يسرى فى شأنه إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء، أى من وقت حلول الأجل أو من وقت تحقق الشرط ومن ذلك أيضاً أن تنقطع مدة التقادم أو يقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين دون المدين الآخر، فتكتمل مدة التقادم للمدين الذى استمر التقادم بالنسبة إليه دون انقطاع أو وقف قبل أن تكتمل بالنسبة لغيره.

فى مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذى اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به وينقضى الدين كله بالنسبة إليه. أما بالنسبة للمدينين المتضامنين الآخرين فلا يستفيدون من ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين، أى لا يلتزمون إلا فى حدود المتبقى من الدين بعد استنزال هذه الحصة، سواء كان المدين الذى اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليه قد سبق أن تمسك بالتقادم أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين .

وهذا الحكم تمليه اعتبارات العدالة، لأنه لو كان للدائن أن يطالب هؤلاء المدينين بكل الدين، دون استنزال حصة من انقضى التزامه بالتقادم. لترتب على

ذلك تحمل هؤلاء المدينين لهذه الحصة من الدين مع امتناع الرجوع بها على المدين الذى اكتملت بالنسبة له مدة التقادم[١].

جـ - النيابة التبادلية فيما لا ينفع لا فيما يضر:

بصدد هذه الفكرة يظهر التفاوت الواضح فى مدى التضامن كوسيلة ضمان بين كل من القانون المدنى الفرنسى والمصرى. ففى القانون الفرنسى قد استخلص الفقهاء من نصوص التقنين المدنى فى هذا الصدد مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر. وقد اعتنق القضاء الفرنسى هذا المبدأ وراح يستخلص منه نتائج منطقية أخرى لم ينص عليها المشرع. أما فى القانون المدنى المصرى فقد قصر المشرع مبدأ النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

(١) التفاوت فى مدى التضامن بين القانون الفرنسى والقانون المصرى:

يترتب على التضامن باعتباره وصفا فى الالتزام أن يوجد بين المدينين المتضامنين مصلحة مشتركة. ولذلك فقد رتب المشرع الفرنسى على قيام هذه المصلحة المشتركة بين المدينين المتضامنين عدة نتائج استهدف منها تعزيز ضمان الدائن وتقويته وذلك عن طريق تبسيط اجراءات رجوع الدائن على المدينين المتضامنين. وقد رد الفقه الفرنسى هذه النتائج إلى فكرة جامعة هى فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين، ومقتضاها أن كل مدين نائب عن المدينين الاخرين فى علاقتهم بالدائن، فأى اجراء يتخذه الدائن فى مواجهة أى منهم ينتج أثره بالنسبة للباقين.

وقد استحوذت فكرة النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين على القضاء وراح يستخلص منها نتائج منطقية جديدة لم ينص عليها المشرع، أهمها ما يتعلق بحجية الشئ المقضى به، وبالطعن فى الأحكام، وبالصلح وحلف اليمين والتحكيم وقد وضع القضاء الضوابط اللازمة لهذه التطبيقات[٢].

وقد أخذ التقنين المدنى السابق بهذه الفكرة وذلك من خلال تطبيقاتها التى نصت عليها فى المواد ١٦٣/١٠٨، ١٦٦/١١٠، ١٦٧/١١١. وبذلك يتضح أن القاعدة العامة فى القانون الفرنسى وفى ظل التقنين المدنى السابق فى مصر. أن كل مدين نائب عن المدينين الآخرين فيما فيه مصلحتهم وفيما يترتب عليه ضرر بهم مادام هذا الضرر لا يتضمن زيادة فى عبء الالتزام[٣].

---

(١) أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨٢ ص ٢٤٨.
(٢) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا، التضامن ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف ١٩٨٥، ص ٧٨ وما بعدها.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٣٣١.

أما التقنين المدنى المصرى الحالى فانـه لم يتضمن نصـاً صريحـاً يقرر مبدأ النيابة التبادلية، بل أورد المشرع عدة نصوص يستفاد منها أن النيابة التبادلية فيما بين المدينين المتضامنين قاصرة فقط على ما ينفعهم دون ما يضرهم. وبهذا التعديل الذى أحدثه المشرع المصرى فان مبدأ النيابة التبادلية قد تطور من النقيض إلى النقيض. فهذا المبدأ فى أصل نشأته كان تأصيلاً لقواعد قصد بها تأكيد وتقوية ضمان الدائن بينما الصياغة التى أنتهى إليها المشرع لهذا المبدأ تمخضت عن مصلحة للمدينين.

وبذلك افترق القانون المصرى عن القانون الفرنسى بصدد التضامن، وأصبح التضامن فى القانون الفرنسى كوسيلة من وسائل الضمان الشخصى أقوى أثراً وأبعد مدى من التضامن فى التقنين المدنى المصرى.

وسوف يتضح لنا ذلك من استعراض النصوص العديدة التى تضمنت تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

(٢) تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر:

وقد أورد المشرع هذه التطبيقات بصدد قطع التقادم ووقفه واستحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين والاعذار والمطالبة القضائية، والصلح، والاقرار واليمين، وحجية الأحكام.

(أولاً) – قطع التقادم ووقفه: تنص المادة ٢/٢٩٢ مدنى على أنه «إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين». تتناول هذه المادة حكم انقطاع التقادم المسقط أو وقفه بالنسبة لأحد المدينين. ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا اتخذ الدائن اجراء قاطعاً للتقادم فى مواجهة أحد المدينين (م ٣٨٣ مدنى) أو أقر أحد المدينين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمنياً (م ٣٨٤) فان التقادم لن ينقطع إلا بالنسبة لهذا المدين، ويظل التقادم سارياً بالنسبة للباقين.

كما أنه إذا قام مانع بحيث يتعذر على الدائن مطالبة أحد المدينين بحقه (م ١/٣٨٢ مدنى) فان التقادم لا يقف سريانه إلا بالنسبة لهذا المدين، ولا يجوز للدائن أن يتمسك بهذا الوقف قبل باقى المدينين، بل يسرى التقادم بالنسبة إليهم فى المدة التى ظل فيها موقوفاً بالنسبة لزميلهم.

(ثانياً) – استحالة التنفيذ بخطأ أحد المدينين: تنص المادة ١/٢٩٣ مدنى على «لا يكون المدين المتضامن مسئولاً فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله» وقد اختلف الفقهاء حول مسئولية المدين المتضامن عن استحالة التنفيذ الراجعة إلى خطأ غيره

من المدينين فذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بخطأ أحد المدينين، كما لو تسبب بخطئه فى هلاك الشئ محل الالتزام، كان مسئولاً وحده عن تعويض الدائن. أما المدينون الآخرون فتبرأ ذمتهم من الالتزام، إذ أن خطأ أحد المدينين يعتبر بمقتضى المادة ١/٢٩٣، سبباً أجنبياً بالنسبة للمدينين الآخرين(١). ويرى هؤلاء الفقهاء أن النتيجة التى انتهوا إليها هى التى تتمشى مع اتجاه المشرع المصرى إلى الحد من فكرة النيابة التبادلية، ليس فقط باستبعادها فيما يزيد من عبء الالتزام، بل فى كافة الأحوال التى يترتب عليها فيها الاساءة إلى مركز المدينين المتضامنين فلا تطبق إلا حيث يترتب عليها نفع لهم(٢).

بينما ذهب غالبية الفقهاء إلى أنه فى حالة هلاك الشئ بخطأ أحد المدينين، يظل المدينون الآخرون ملزمين بالتضامن بدفع قيمة هذا الشئ، شأنهم فى ذلك شأن المدين الذى أخطأ، أما عناصر الضرر الأخرى، كالمصاريف التى أنفقها الدائن لابرام العقد والكسب الذى فاته بسبب عدم التنفيذ، فلا يسأل عنها سوى المدين الذى تسبب فى هلاك الشئ بخطئه(٣) وهذا ما يتفق مع حكم القانون الفرنسى(٤).

نحن نؤيد الرأى الأول لأنه يتفق أكثر مع فلسفة التضامن فى القانون المدنى المصرى والذى قصر النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فى علاقتهم بالدائن على ما ينفعهم دون ما يضرهم أو يسوء مركزهم.

(ثالثاً) – الاعذار والمطالبة القضائية: تنص المادة ١/٢٩٣ مدنى على أنه «إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن، فان باقى المدينين يستفيدون من هذا الاعذار» ويعتبر هذا النص تطبيقاً نموذجياً لفكرة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

فبالنسبة للاعذار يجب أن نفرق بين الاعذار الموجه من الدائن إلى أحد المدينين والاعذار الموجه من أحد المدينين إلى الدائن.

• فإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين وانما يسأل هذا المدين وحده عن التعويض عن التأخير ويتحمل تبعة هلاك الشئ بعد اعذاره، دون غيره من المدينين.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٣ ص ٣٣٢.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٣ هامش ٢ ص ٣٣٣.

(٣) عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، جـ ١، ص ٢٤٠، ٢٤١، عبد المنعم الصدة، فى أحكام الالتزام، فقرة ٦٨ ص ٣٩، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٨٥ ص ٢٥٠.

(٤) M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, VII, Lex obligations. Par P. Esmein, Radouant, Cabolde, no. 1084.

• أما إذا أعذر أحد المدينين الدائن، فان آثار هذا الاعذار تتمحض لمصلحة جميع المدينين، فيترتب عليه أن يتحمل الدائن تبعة هلاك الشئ او تلفه، ويقف سريان الفوائد، ويصبح للمدين الحق فى ايداع الشئ على نفقه الدائن و المطالبه بتعويض عما أصابه من ضرر (م ٣٣٥ مدنى).

أما بالنسبة للمطالبة القضائية، فانه إذا قاضى الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين فلا ينقطع التقادم إلا بالنسبة لهذا المدين. وهو وحده الذى تسرى فى حقه فوائد التأخير

(رابعاً) - الصلح[1]: وتنص المادة ٢٩٤ مدنى على أنه «إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الابراء من الدين أو براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى. استفاد منه الباقون. أما إذا كان من شأن الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به، فانه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه» ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين، فان هذا الصلح ينفذ فى حق الباقين بقدر ما يوفر لهم من نفع، كما لو نزل فيه الدائن عن ادعاء من ادعاءاته قبلهم. أما إذا كان من شأن الصلح أن يضر بهم فلا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه، كما لو أن الصلح قد رتب فى ذمتهم التزاما أو أزاد فيما هم ملتزمون به.

ومع ذلك فان هذا الحكم قد يتعارض مع طبيعة عقد الصلح باعتباره عقداً لا يقبل التجزئة، فالصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (م ٥٤٩ مدنى). فاذا كان النزاع الذى حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعاً اشترك فيه المدينون الآخرون، فان نزول هذا المدين، عن جزء من ادعائه بالصلح لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه وهم من ناحية أخرى لن يستطيعوا، بغير هذا القبول، الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذى نزل عنه الدائن. فالصلح لا يقبل التجزئه فلا يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج به فى شطره المفيد لهم ورفضه فى شطره المفيد للدائن. بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة[2].

ويلاحظ أنه فى الصلح الواقى لا يستفيد من المزايا الممنوحة من جانب دائنيه سوى المدين المفلس نفسه ولا تسرى هذه المزايا بالنسبة للمدينين

---

(١) الصلح نزول كل من المتصالحين عن جزء من إدعائه. اثره انقضاء الحقوق والادعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولا نهائيا، مؤدى ذلك وجوب الحكم بانتهاء الخصومة نقض ١٩٩١/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ٤٢ ص ٢٦٢

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٥ ص ٣٣٥، ٣٣٦، أنور سلطان: المرجع السابق، فقرة ٢٨٧، ص ٢٥٢

المتضامنين معه فى أحد هذه الديون إذا يبقى للدائن مطالبة الشركاء فى الدين بتمام دينه ولو حصل الصلح مع المفلس» (م ٣٤٩ تجارى).

(خامساً) - **الاقرار واليمين**: وقد أوردت المادة ٢٩٥ مدنى تطبيقاً لمبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر بصدد الاقرار واليمين.

فاذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين، إذ فى الاقرار ضرر بهم.

أما اليمين، فقد يوجهها الدائن إلى أحد المدينين المتضامنين، وقد توجه من أحد هؤلاء إلى الدائن. فلا يضار باقى المدينين من نكول المدين فى الحالة الأولى أو من حلف الدائن فى الحالة الثانية، ولكن إذا حلف المدين فى الحالة الأولى أو نكل الدائن فى الحالة الثانية أفاد من ذلك الباقون. هذا ويلاحظ أنه إذا وجه الدائن اليمين إلى جميع المدينين المتضامنين وجب أن يؤدى كل مدين اليمين بنفسه وامتنع اعمال فكرة النيابة التبادلية فى هذه الحالة. وعلى ذلك إذا حلف أحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد الباقون من ذلك.

(سادساً) - **حجية الأحكام**: فقد نصت المادة ٢٩٦ مدنى على أنه «١- إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين» «٢- أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم، فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه» وهذا تطبيق آخر من تطبيقات مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر[1].

فاذا صدر الحكم على أحد المدينين المتضامنين، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين، لأن المدين الذى صدر ضده هذا الحكم لم يكن يمثلهم فى الدعوى. وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم. كما أنه إذا وفى المدين المحكوم

---

(١) إنظر فى نفس هذا الاتجاه نقض ١٩٩١/٤/٢٨ س ٤٢ ص ٩٤٦ حيث تذهب المحكمة إلى أن «نقض الحكم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يستتبع نقضه بالنسبة للباقين ولو لم يطعنوا فيه». نقض ١٩٩٣/٢/١١ س ٤٤ ص ٥٧٣، ولذلك قضت محكمة النقض بهيئتها العامة فى ١٩٨٧/١٢/١٦ الطعنان رقم ٣٠٠، ٤٠٩ لسنة ٥٦ هيئة عامة بأن «المحكوم عليه الذى فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم الصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى بوجب القانون اختصام اشخاص معينين، له أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن» (م٢١٨ مرافعات) «وقد استهدف المشرع من ذلك إستقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام فى الخصومة الواحدة بما يؤدى إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام بل واستحالته فى بعض الأحيان، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم فى الطعن قانوناً فى مواجهة جميع الخصوم فى الحالات السالفة التى لا يحتمل الفصل فيها إلا حلا واحداً بعينه» مجلة القضاة السنة ٢٥ العدد الثانى يوليو-ديسمبر ١٩٩٢ ص ١٠١،١٠٠.

عليه بكل الدين ورجع على كل منهم بنصيبه فيه، كان لهم ان يدفعوا مطالبته بكافة الدفوع التى كانوا يستطيعون بها دفع دعوى الدائن

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون بشرط أن يكون قد بنى على دفع من الدفوع والمشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحل: ووجه استفادة باقى المدينين يتمثل فى أنه إذا عاد الدائن إلى مطالبة أحدهم بالدين كان لهذا أن يستند إلى الحكم الصادر لصالح المدين الأول ويتعين على المحكمة أن ترفض دعوى الدائن دون حاجة إلى بحث جديد. لكن إذا صدر الحكم لصالح المدين بناء على دفع خاص به، كنقص أهلية، فلا يفيد منه الباقون، ولا يجوز لهم التمسك به.

٢ - علاقة المتضامنين فيما بينهم

القاعدة التى تحكم هذه العلاقة هى قاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين كل بقدر حصته، كما أنه إذا وفى أحدهم بكل الدين كان له الرجوع على الباقون بحصة كل منهم فى الدين. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أ - انقسام الدين بين المدينين المتضامنين:

ان الأثر الجوهرى للتضامن يتجلى بوضوح فى علاقة المدينين المتضامنين بالدائن بحيث يكون كل مدين مسئولاً عن الدين بالكامل فى مواجهة الدائن. أما فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم فان القاعدة هى انقسام الدين عليهم كل بقدر حصته بحيث يتحمل كل منهم نصيبه فيه.

ولتحديد حصة كل من المدينين المتضامنين يجب، ان كان التضامن اتفاقياً، الرجوع إلى الاتفاق المعقود فيما بينهم. وان كان التضامن قانونياً، فقد ينص القانون على الأساس الواجب الاتباع لتحديد حصة كل من المدينين[1] فان لم يظهر ذلك من الاتفاق أو لم ينص عليه القانون فان القاعدة أن الدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينين حصصاً متساوية بين الجميع (م ٢/٢٩٧ مدنى).

لكن إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين (م ٢٩٩ مدنى). ويتحقق ذلك إذا كان صاحب المصلحة فى الدين هو المدين الأصلى ولم يكن الباقون سوى ضامنين وان ظهروا فى صلتهم بالدائن بمظهر المدينين الأصليين، فى هذه الحالة يتحمل هذا المدين وحده كل الدين.

ومثال ذلك، إن يكفل الكفيل الدين فيما بينه وبين المدين، ولكنه يتقدم إلى الدائن مديناً متضامناً مع المدين الأصلى ومتضامناً مع الكفلاء الآخرين الذين يتقدمون هم

(١) انظر نص المادة ١٦٩ مدنى اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٧٨، ص ٣٣٨.

أيضاً مدينين متضامنين مع المدين، وفى هذه الحاله لا يكون للكفيل حق التقسيم على الكفلاء الآخرين، ولا حق تجريد المدين، بل هو لا يبقى مديناً تابعاً فى علاقته بالدائن، وانما يكون مديناً أصلياً متضامناً مع المدين المكفول. وكما هو واضح فاننا أمام مدينين متضامنين متعددين فى دين واحد، ولكن واحداً من هؤلاء المدينين هو صاحب المصلحة فى الدين، أى هو المدين الأصلى، والباقون ليسوا إلا كفلاء عنه، ففى العلاقة بينهم وبين الدائن تسرى قواعد التضامن دون قواعد الكفالة، أما فى علاقتهم بعضهم ببعض، فقواعد الكفالة هى التى تسرى دون قواعد التضامن[1].

ب – رجوع المدين الموفى على باقى المدينين:

اذا وفى أحد المدينين بكل الدين كان له الرجوع على باقى المدينين بحصة كل منهم فى الدين. ويأخذ حكم الوفاء انقضاء الدين بطريق آخر يتحمل فيه أحد المدينين أكثر من نصيبه، كالتجديد الذى يعقده أحد المدينين مع الدائن وينقضى به الالتزام القديم دون أن يتحمل فيه باقى المدينين الالتزام الجديد، والمقاصة التى تقع بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين إذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبة الدائن له، أو تمسك بها الدائن عند مطالبة المدين بما له، فانقضى الالتزام التضامنى كله أو انقضى منه ما يزيد عن حصة المدين فيه.

والمدين الموفى يستطيع أن يرجع على باقى المدينين بأحد طريقين: اما بدعوى شخصية، وهى دعوى الوكالة فى التضامن الاتفاقى، أو دعوى الفضالة فى التضامن القانونى. واما بدعوى الحلول وفقاً للمادة ١/٣٢٦ مدنى التى تخول الموفى الحلول محل الدائن إذا كان هذا الموفى ملزماً بالدين مع المدين.

ويختار المدين الموفى أى من الدعويين وفقاً لما يراه محققاً لمصلحته. فدعوى الحلول تسمح له بأن يحل محل الدائن فيما له من حق، وبما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع ويكون الحلول بالقدر الذى أداه المدين الموفى من ماله (م ٣٢٩ مدنى) وعلى ذلك فقد يستفيد المدين الموفى من هذه الصفات كأن يكون الدين تجارياً أو ثابتاً فى سند رسمى. وقد يضار من ذلك إذا كان هذا الدين يسقط بنوع قصير من التقادم أو تكون المدة التى سرت فى مواجهة الدائن مدة طويلة بحيث لم يبق للمدين الموفى إلا مدة قصيرة وينقضى بعدها الدين، أما بالنسبة للتأمينات فان المدين الموفى يستفيد منها لأنه يحل محل الدائن فى حقه وما يكفله من تأمينات. بالنسبة للفوائد فإن المدين لا يستطيع أن يرجع بها على الباقين بدعوى الحلول إلا إذا كان الدين منتجاً لها.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط، جزء ٣ فقرة ٢٠٨ ص ٣٦٢ وما بعدها.

فان لم يكن كذلك فانه ليس له حق إلا فى الفوائد القانونية محسوبة من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (م ٢٢٩ مدنى).

أما الدعوى الشخصية فان مدة تقادمها لا تبدأ إلا من وقت الوفاء بالدين للدائن لأنه من هذا التاريخ فقط ينشأ حق المدين الموفى. أما بالنسبة للفوائد فان المدين الموفى يستحق الفوائد القانونية على كل ما دفعه للدائن وفاء للدين، بوصفه وكيلاً أو فضولياً، من وقت الدفع (م ٧١٠، ١٩٥ مدنى).

وسواء رجع المدين الموفى بالدعوى الشخصية أو بدعوى الحلول، فليس له أن يطالب أى مدين آخر إلا بحصته فى الدين (م ١/٢٩٧ مدنى) تطبيقاً لقاعدة انقسام الدين فيما بين المدينين المتضامنين. ولكن إذا وجد الموفى أحد المدينين معسراً فهو لا يتحمل وحده تبعة هذا الاعسار، بل يشترك معه فى تحملها سائر المدينين الموسرين كل منهم بقدر حصته فى الدين (م ٢٩٨ مدنى). ما لم يكن الدائن قد أبرأ أحد المدينين، من الدين أو من التضامن، من كل مسئولية عن الدين، إذ فى هذه الحالة يتحمل الدائن نصيب هذا المدين فى حصة المعسر (٢/٢٩١ مدنى).

المطلب الثانى
التضامم[1]

سبق أن رأينا أن التضامن بين المدينين يقدم للدائن ضماناً شخصياً قوياً لاستيفاء حقه، إلا أن وجوده يستلزم الاتفاق أو نص القانون عليه حيث أن التضامن لا يفترض كما أن آثار التضامن بالنسبة للمدينين المتضامنين بعيدة المدى على النحو السابق بيانه.

وقد أفرز تطور نظرية الالتزام، منذ زمن بعيد، نظاماً جديداً لا يقابل تماماً التضامن وان كان يتشابه معه. هذا النظام الجديد هو ما يسمى بالتزام التضاممى L'obligation in solidum ويوجد الالتزم التضاممى عندما يكون هناك شخصان أو أكثر ملتزمين بكل الدين فى مواجهة الدائن، ويستطيع هذا الأخير أن يطالب أى منهم بالدين كله، بالرغم من عدم وجود تضامن فيما بينهم. ولدراسة التضامم ينبغى علينا أن نبدأ بالقاء الضوء على تطوره التاريخى، ثم بعد ذلك نقف على كيفية التمييز بينه وبين التضامن، وأخيراً نتعرف على ما انتهت إليه هذه التفرقة فى القانون الوضعى الفرنسى والمصرى.

---

(١) ارجع فى دراسة تفصيلية لهذا الموضوع بحثنا، التضامم ومبدأ عدم افتراض التضامن، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

أولاً - التطور التاريخي

ولتتبع الأصل التاريخي للتضامم ينبغي أن نرجع إلى القانون الروماني، ثم نتعقب مراحل تطوره، التي كانت تتراوح بين المد والجزر، في القانون الفرنسي القديم والحديث.

١ - في القانون الروماني: عرف القانون الروماني التفرقة بين الالتزام التضامني بالمعنى المتعارف عليه والالتزام التضاممي L'Obligation in solidum.

الأصل في القانون الروماني، كما هو الحال في القانون الحديث، هو انقسام الدين عند تعدد المدينين. ولكن هذا الأصل يرد عليه عدة استثناءات، عندما يكون هناك التزام غير قابل للانقسام، أو التزام تضامني، أو التزام جمعي تضاممي.

والذي يعنينا أن الالتزام التضاممي يقابل الفرض الذي يوجد فيه، خارج نطاق عدم القابلية للانقسام أو أي اتفاق، عدة مدينين ملتزمين بكل الدين، بحيث أنه يوجد التزامات بقدر ما يوجد من مدينين، فهذه الديون المختلفة تتضامم ولكن لا يمكن لدائن أن يستوفى حقه إلا مرة واحدة.

وقد كانت النظرية التقليدية في القانون الروماني تميز بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي من حيث المصدر ومن حيث الآثار ومن حيث طبيعة الالتزام. فمن حيث المصدر ترى هذه النظرى أن الالتزام التضاممي يجد مصدره في طبيعة الأشياء، بينما التضامن يعتبر وصف من أوصاف الالتزام لا ينشأ إلا عن إرادة الأطراف أو عن نص في القانون.

فمن ناحية طبيعة الالتزام، نجد أن الالتزام التضامني يتميز بوحدة المحل المستحق، في الوقت الذي تتعدد فيه الروابط. بينما على العكس من ذلك في الالتزام التضاممي حيث أنه لا يوجد تعدد في الروابط فحسب، بل أيضاً تعدد في المحل، فالتزامات المدينين تبقى مستقلة بعضها عن البعض، وكل رابطة التزام تقابل محل، وكل مدين يعتبر مسئولاً مسئولية شخصية عن مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي تسبب فيه.

فالتضامن قد تدخل على سبيل الضمان وذلك ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين، وليضع المدينين المختلفين على قدم المساواة في مواجهة الدائن، ولكن هذا لا ينبغي أن ينسينا أن هناك شيئاً واحداً مستحقاً بالنسبة للجميع. على العكس من ذلك الالتزام التضاممي فانه ينشأ عن طبيعة الأشياء ذاتها، فيوجد منذ البداية، على عاتق كل من المدينين التزام بكل الدين، التزام بأداء مماثل ولكنه متميز، ويرجع ذلك إلى تعاصر هذه الالتزامات ووحدة الهدف الذي ترمي إليه.

أما من حيث الآثار، فان الفروق كانت أكثر وضوحاً، حيث أنها تنصب على الأثر المنهى من ناحية، ومن ناحية أخرى على مسألة الرجوع فيما بين المدينين.

فبالنسبة للأثر المنهى فإنه إلى عهد جستنيان والالتزام التضامنى ينتج أثراً منهياً، بمعنى أن التجاء الدائن إلى القضاء ضد أحد المدينين المتضامنين يؤدى إلى ابراء ذمة الآخرين. ولذلك قد لجأ المتعاقدين إلى تفادى هذا الأثر المنهى بتضمين العقود شرطاً، أصبح مألوفاً، ينص على تنازل المدينين المتضامنين عن الاستفادة من هذا الأثر المنهى. وفى نهاية الأمر وجد الامبراطور جستنيان أنه من الأفضل الغاء هذا الأثر المنهى.

أما بالنسبة للالتزام التضاممى فانه لم يكن ينتج هذا الأثر المنهى. كما أن أسباب الانقضاء الأخرى، مثل التجديد وغيره، والتى تقع فى جانب أحد المدينين، لا تفيد المدينين المتضامنين الآخرين. كما أن قطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ينتج أثره فى مواجهة الجميع، بينما قطع التقادم فى مواجهة أحد المدينين المتضامنين لا ينتج أثره فى مواجهة الآخرين. وسوف نرى فيما بعد أن القضاء الفرنسى قد تأثر كثيراً بهذه الأفكار.

أما بالنسبة لمسألة الرجوع، فانه عندما يقوم أحد المدينين المتضامنين بالوفاء بكل الدين للدائن فان هذا الدين ينقضى فى مواجهة الجميع. لكن هل للمدين الموفى أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته فى الدين؟

المبدأ أنه ليس هناك رجوع فيما بين المدينين. وهذا الحل كان قاسياً لكن ما يخفف منه أن المدينين المتضامنين غالباً ما تجمعهم رابطة معينة، شركة، شيوع، وكالة ...، ولذلك كان لمن يدفع منهم الدين أن يرجع على الآخرين بالدعوى الناشئة، عن هذه المراكز القانونية، ولذلك يمكن القول أنه فى نطاق التضامن كان يوجد، بطريقة أو بأخرى، مساهمة حقيقية فى الدين.

أما بالنسبة للالتزام التضاممى فانه لا توجد مصلحة مشتركة من أى نوع بين المدينين المتضامنين، بل غالباً ما يجهلون هذا التضامم، ولذلك فان المبدأ أنه ليس هناك أى رجوع ممكن فيما بين المدينين المتضامنين.

٢ - **فى القانون الفرنسى القديم:** إذا كانت التفرقة بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى لم تظهر بطريقة واضحة عند جميع الفقهاء، إلا أنها قد بقيت فى ثنايا هذه الكتابات بطريقة غير ظاهرة، وإذا كان الفقهاء المتأخرون، والذين كانت تسيطر عليهم روح التبسط، قد رفضوا هذه التفرقة إلا أنه لم يكن ينتابهم شك فى قرارة أنفسهم بجدواها.

وعندما وضع التقنين المدنى الفرنسى لم تظهر هذه التفرقة. ولكن على العكس من ذلك فان المفسرين لم يقفوا عند ذلك الحد، وانما بدأوا يتساءلون، على ضوء المبادئ العامة عن مدى وجود هذه التفرقة بالرغم من صمت المشرع.

٣ – فى القانون الفرنسى الحديث: تعرض التضامن لتطور كبير، والسبب فى ذلك واضح، حيث أن هذا النظام يعطى للدائن ضماناً اضافياً ولكن دون أن يضر بالمدينين، وذلك لما سمح به من رجوع للمدين على باقى المدينين المتضامنين. وهذا الاتجاه نحو التطور لم يكن قاصراً على نطاق العقود أو النصوص الخاصة التى تقرره وانما امتد إلى القضاء وخاصة فى نطاق مسئولية المرتكبين لجريمة أو شبه جريمة مدنية، حيث أن القضاء قد قرر فى هذه الحالة التضامن فيما بين المتسببين بخطئهم فى احداث الضرر.

واذا كان تطور التضامن فى نطاق العقود لا غبار عليه حيث أن مرجعه هو ارادة الأطراف. كما أنه فى حالات التضامن القانونى فان المشرع وراء تقريره فى هذه الحالة أو تلك، لكن تطور القضاء فى نطاق المسئولية المدنية وتقريره لمبدأ التضامن قد اصطدم بالمبدأ العام الذى يحكم التضامن وهو عدم افتراض هذا التضامن طبقاً لنص المادة ١٢٠٢ مدنى فرنسى.

ولذلك انحسرت النظرية القضائية للتضامن. ومع ذلك بقى التساؤل قائماً حول وجود التضامن من عدمه فى الحالات الأخرى غير حالة مسئولية المرتكبين لجريمة مدنية كما هو الحال فى الحالات الآتية :

١ – فى الحالة التى يكون فيها للمضرور أن يرجع على الفاعل نفسه وأيضاً على الشخص المسئول مدنياً عنه. فكل منهما مسئول عن التعويض بالكامل عن الضرر الذى أصاب المضرور، فهل هم مسئولون بالتضامن؟

٢ – فى حالة ما إذا تسبب الشئ المبيع فى ضرر للمشترى ففى هذه الحالة يكون البائع مسئولاً مسئولية عقدية قبل المشترى كما أن الصانع لهذا الشئ، إذا كان العيب راجعاً إلى عيب فى صناعته يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن هذا الضرر قبل المضرور، فهل هؤلاء مسئولون بالتضامن؟

٣ – مسئولية كل من الوالدين بالنفقة فى مواجهة أولادهم، هل هم مسئولون بالتضامن؟

وقد رأينا أن الفقه قد انتقد القضاء فى اتجاهه إلى فكرة التضامن فى مثل هذه الحالات وغيرها، وذلك لمخالفته لنصوص القانون التى لا تجيز التضامن إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون. لكن يجب ألا نقف عند هذه الحجة الشكلية فقط وانما يجب أن نضيف إليها حجة حاسمة مستمدة من طبيعة التضامن ذاته فى القانون الفرنسى.

فالتضامن بسبب آثاره الثانوية، يعتبر مجحفاً بالنسبة للمدين المتضامن إذ قد يجد هذا الأخير من يحتج في مواجهته بتصرفه أو اجراء لم يعلم به أو لم يكن في استطاعته العلم به. وهذه الآثار الثانوية ترجع إلى فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر بين المدينين المتضامنين في القانون الفرنسي، وهذه الفكرة قد وضعت لصالح الدائن وليس لصالح المدين المتضامن، والغرض منها هو تقوية وتعزيز ضمان الدائن.

وعلى ذلك، فان نظام التضامن بهذه الصورة بنتائجه الثقيلة بالنسبة للمدينين المتضامنين، لا يمكن التوسع فيه، وبصفة خاصة بالنسبة للحالات التي عرضنا لها وغيرها من الحالات السابقة حيث يصعب افتراض النيابة التبادلية فيما بين المدينين وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة فيما بينهم، لوجودهم في هذا المركز بمحض الصدفة وبدون علم مسبق من جانبهم.

ولذلك نجد أن كل من الفقه والقضاء في فرنسا اتجه إلى فكرة الالتزام التضاممي باعتبار أنه نظام متميز عن التضامن يمكن تقريره بالرغم من عدم وجود اتفاق أو نص في القانون عليه.

٤ – دور التضامم في القانون المصري: نحن نعلم أن دستور التضامن في القانون المصري هو ما جاء في نص المادة ٢٧٩ مدني والتي تنص على أن «التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون» وعلى ذلك انحصرت حالات التضامن في مصدرين: الأول: اتفاق الأطراف، والثاني: نص القانون.

والسؤال الآن هل هناك حاجة في القانون المصري تدعو إلى الأخذ بفكرة التضامم؟

الأصل أنه ليس هناك حاجة إلى الأخذ بهذه الفكرة وبصفة خاصة بعدما عالج التقنين المدني المصري أهم مصادر الالتزام التضاممي، وهو تعدد المسئولين عن عمل ضار، حيث أن المادة ١٦٩ مدني مصري تنص على أنه «إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر» كما أن المشرع قد عالج الكثير من حالات الالتزام التضاممي في فرنسا مثل مسئولية المهندس والمقاول عن تهدم المبنى (م ٦٥١) وحالة تعدد الوكلاء، ومسئوليتهم قبل الموكل (م ١/٧٠٧) وغير ذلك من حالات التضامم، وقد فرض المشرع في كل هذه الحالات التضامن فيما بين المدينين. وبذلك يضيق نطاق الالتزام التضاممي إلى حد كبير كما أن النيابة التبادلية في القانون المصري ينحصر نطاقها فيما ينفع لا فيما يضر، فهي مقررة لمصلحة المدينين وليس لمصلحة الدائن كما هو الحال في القانون الفرنسي.

وبالرغم من كل ذلك فان هناك سنداً تشريعى لوجود فكرة التضامم فى القانون المصرى فالمادة ٧٩٢ مدنى تنص على أنه «إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية فان كل واحد منهم يكون مسئولاً عن الدين كله، إلا إذا احتفظ لنفسه بحق التقسيم» ففى هذا الفرض نجد أن للدائن أكثر من مسئول عن الدين، ويستطيع أن يرجع على من يشاء منهم ليطالبه بكل الدين بالرغم من عدم تضامنهم. ففى هذه الحالة نجد أن هؤلاء الكفلاء ملتزمين بالدين بالتضامم وليس بالتضامن.

كما أن الحياة العملية قد أفرزت العديد من تطبيقات الالتزام التضاممى منها:

١ – التزام أكثر من مدين بدين النفقة.

٢ – مسئولية شركة التأمين، والمؤمن له قبل المضرور.

٣ – مسئولية البائع، والصانع للشئ المبيع قبل المشترى عن العيوب فى صناعة الشئ والتى تسبب له ضرراً.

٤ – مسئولية كل من المحرض على الاخلال بالالتزام التعاقدى والمتعاقد المخل بالتزامه فى مواجهة المتعاقد المضرور.

٥ – فى الدعاوى المباشرة حيث يكون أمام الدائن شخصان مسئولان عن الدين، المدين ومدين المدين.

٦ – مسئولية المنيب والمناب قبل المناب لديه فى الانابة الناقصة.

٧ – مسئولية كل من المدين والكفيل قبل كفيل الكفيل الذى أوفى بالدين للدائن.

والقاسم المشترك فى هذه الحالات هو تعدد المدينين وبالتالى تعدد الالتزامات وتميزها، بالرغم من تماثلها، لاختلاف المصدر. ولذلك لا يمكن أن يكون هناك مجال لنظام التضامن.

ونختم هذا العرض بالسؤال التالى: هل يوجد فى القانون المصرى دوافع حقيقية، كما هو الحال فى القانون الفرنسى، إلى التفرقة بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى؟ وهذا ما سوف نراه فيما بعد؟

بعدما تحققنا من وجود فكرة الالتزام التضاممى فى كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى، فتتساءل الآن عن معيار التمييز بين التضامن والتضامم، ثم نعقب ذلك بالحديث عن انحسار أهمية هذه التفرقة وما ترتب عليها من آثار على النظام القانونى فى كل من القانون الفرنسى والمصرى. وهذا هو موضوع الفقرات التالية.

ثانياً : التمييز بين التضامن والتضامم

هذه هى النظرية التى استقرت فى كل من الفقه والقضاء. ونقطة البداية فى هذه النظرية هى أنه إذا كان هناك تفرقة جديرة بالاتباع فانها التفرقة بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى. ويرجع ذلك إلى أن هناك بعض المواقف التى لا يمكن أن نطبق فيها التضامن بجميع آثاره، وخاصة الثانوية منها، بالرغم من أن هناك عدة مدينين يجب عليهم الوفاء للدائن بكل الدين. ويحدث ذلك عندما ينشأ هذا الموقف، لا من الاتفاق أو من نص القانون، وانما من طبيعة الأشياء ذاتها.

ونحن نرى أن خير وسيلة للوقوف على الخصائص العامة المميزة للتضامم هى محاولة المقابلة بينها وبين التضامن سواء من حيث طبيعته ومصدره، أو من حيث آثاره.

١ - الاختلاف بين التضامن والتضامم من حيث الطبيعة والمصدر :

إذا كان ما يجمع بين التضامن والتضامم هو أنه يوجد فى كل من الالتزامين مدينون متعددون. وأن كل من هؤلاء المدينين مسئول عن كل الدين فى مواجهة الدائن، إلا أنه مع ذلك هناك اختلاف واضح بينهما من حيث المصدر ومن حيث الطبيعة.

فإذا كان نظام التضامن يقوم على الاتفاق أو القانون فان نظام التضامم يقوم على طبيعة الأشياء ذاتها.

ففى التضامم يوجد على عاتق كل من المدينين، منذ البداية، التزام بكل الدين، التزام بأداء مماثل ولا يقبل التجزئة. ويرجع ذلك إلى تعاصر التزامات متميزة ولكنها ترمى إلى هدف واحد. ففى التضامم يجد مدينون متعددون أنفسهم ملتزمين فى مواجهة شخص آخر بالتزامات متماثلة سواء نتيجة الصدفة المحضة أو نتيجة لظروف معينة لا دخل للدائن فيها.

بينما فى التضامن الاتفاقى نجد أن هذا التضامن يرتكز على اتفاق مسبق بين المدينين والدائن على عدم انقسام الدين بينهم، بحيث يلتزم كل منهم باداء الدين كاملاً. وهنا بالرغم من تعدد الروابط إلا أن كل المدينين يلتزمون بشئ واحد، بنفس الشئ. فاذا اقترض أخوان مبلغ ٢٠٠٠ جنيه من شخص آخر، فان كل منهم يلتزم فى مواجهته بمبلغ ١٠٠٠ جنيه طبقاً للقاعدة العامة وهى انقسام الدين، ولكن إذا اشترط الدائن عليهم التضامن ووافق المدينون على ذلك فان كلا منهما يصبح ملتزماً قبل الدائن بدفع المبلغ بالكامل ١٠٠٠ + ١٠٠٠.

أما فى التضامم فانه لا يكون هناك أى اتفاق مسبق بين المدينين والدائن بأن يضعوا ديونهم معاً فى دين واحد قبل الدائن، ولكن كل واحد منهم مسئول منذ البداية عن الدين كله فى مواجهة الدائن فشركة التأمين مسئولة عن تعويض الضرر بالكامل فى مواجهة المضرور وذلك لأن عقد التأمين يلزمها بذلك، والمؤمن له مسئول فى مواجهة المضرور وبتعويض الضرر بالكامل لأن القانون يلزمه بذلك[1] وكذلك فى حالة الالتزام بنفقة الأقارب فاننا نجد أن كل ابن مسئول أمام أبيه بتأمين احتياجاته اللازمة لحياته. ففى الالتزام التضاممى نجد أن كل مدين ملتزم، ليس بما هو ملتزم به المدين الآخر، وانما بشئ مماثل لما هو ملزم به المدين الآخر والدائن لا يستطيع أن يطالب به إلا مرة واحدة.

ففى الالتزام التضاممى أن هناك تعدداً فى الروابط وأيضاً تعدداً فى المحل، فهناك ديون متميزة بقدر ما هناك من أشخاص ملتزمين، وقد تكون هذه الديون من نفس الطبيعة (عقدية أو تقصيرية)، فكل التزام له محله الخاص به. بل وقد يكون ما هو ملتزم به أحد المدينين فى مواجهة الدائن أقل مما هو ملتزم به المدين الآخر (فشركة التأمين مسئولة عن تعويض الضرر فى مواجهة المضرور فى حدود مبلغ معين متفق عليه فى عقد التأمين بينما المؤمن له مسئول قبل المضرور عن تعويض كل الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وكذلك المستأجر من الباطن مسئول فى مواجهة المؤجر فى حدود ما هو ثابت فى ذمته للمستأجر الأصلى، بينما المستأجر الأصلى مسئول فى مواجهة المؤجر بالدين المستحق عليه أياً كان مبلغه).

ففى الالتزام التضاممى يكون كل مدين مستقلاً تماماً عن المدينين الآخرين، وذلك لأنه غالباً ما تنشأ التزاماتهم نتيجة ظروف معينة أو بمجرد الصدفة المحضة. وبناء عليه فانه لا يمكن أن توجد بين هؤلاء المدينين مصلحة مشتركة، كما هو الحال فى التضامن الاتفاقى، وبالتالى لا يمكن أن تقوم بينهم فكرة النيابة التبادلية الموجودة فى التضامن، ولذلك لا ينشأ من التضامم أى من الآثار الثانوية المترتبة على التضامن. وهذا ما سنراه فى الفقرة التالية.

٢ - الاختلاف بين التضامن والتضامم من حيث الآثار:

فى الالتزام التضاممى كما هو الشأن فى الالتزام التضامنى نجد أن للدائن أن يرجع على أى من المدينين ليطالبه بالدين كله وأن وفاء الدين الذى يتم من أحدهم يبرئ ذمة الآخرين.

لكن وجه الخصوصية فى الالتزام التضاممى، فى هذا الصدد، يرجع إلى طبيعته، حيث أن كل مدين ملتزم فى مواجهة الدائن ليس بنفس الشئ، وانما بشئ مماثل أو مشابه، وبالرغم من ذلك فان الدائن لا يستطيع أن يطالب به إلا مرة واحدة.

---

(١) نقض ١٩٩٣/٢/١٨ س ٤٤ ص ٦٣٥.

بالنسبة للتضامن فانه يوجد بين المدينين مصلحة مشتركة وبالتالى نيابة تبادلية فيما بينهم، ولذلك فانه ينشأ عن هذه النيابة أثار ثانوية، وهذه الأثار منها ما هو منصوص عليه فى القانون ومنها ما هو مضاف بواسطة القضاء، كما أنها تشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل المدينين فى الوقت الذى تعزز فيه ضمان الدائن وتقويه. وهذا الكلام يصدق على التضامن فى القانون الفرنسى.

أما بالنسبة للتضامم فانه لا ينتج أى من هذه الآثار الثانوية وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين، وبالتالى النيابة التبادلية فيما بينهم وهذا الاختلاف الجوهرى هو الذى دفع القضاء الفرنسى إلى الالتجاء إلى فكرة الالتزام التضاممى خارج نطاق كل اتفاق أو نص فى القانون.

وهناك فارق جوهرى آخر بين الالتزام التضامنى والالتزام التضاممى فيما يتعلق بمسألة الرجوع فيما بين المدينين.

فبالنسبة للتضامن، فانه بالنظر إلى طبيعته لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين الدائن أو المدينين المتضامنين، أما فى علاقة المدينين بعضهم ببعض، فان الدين ينقسم عليهم، ويكون لمن وفى منهم الدين للدائن حق الرجوع على الآخرين، كل بقدر حصته، على النحو السابق بيانه.

أما بالنسبة للتضامم فالمبدأ هو عدم الرجوع حيث أن كل مدين من المدينين المتضامنين يفى، غالباً، بما هو ملتزم به، بدين نفسه، قبل الدائن. وبالرغم من هذا التصور التقليدى للالتزام التضاممى، فان القضاء الفرنسى قد أرسى مبدأ الرجوع فى حالات التضامم فى نطاق المسئولية المدنية، بل وقد كاد أن يجعله إلى عهد قريب شرطاً لوجود التضامم ذاته فى هذا النطاق. وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية فى الوقت الحاضر على النظرية التقليدية للالتزام التضاممى للمسئولين عن نفس الضرر دون نظر فيما إذا كان هناك دعوى رجوع من عدمه، ولكنها فى نفس الوقت قد أقرت الرجوع على نطاق واسع(1).

الخلاصة: استقرار القانون الفرنسى والمصرى على النظرية التقليدية فى التضامم مع الاختلاف فى الوسيلة والنتيجة:

فى القانون الفرنسى: قد لجأ القضاء الفرنسى إلى فكرة الالتزام التضاممى حيث أراد، فى مواقف مشابهة تماماً للتضامن أن يعطى للدائن الضمان اللازم للحصول على حقه، وذلك حتى يجنبه مخاطر اعسار أحد المدينين، وفى الوقت نفسه دون أن يثقل كاهل المدينين المتضامين بالعبء الثقيل للآثار الثانوية التى تنشأ عن التضامن.

---

(1) أنظر بحثنا السابق الاشارة إليه، بصفة خاصة ص ٥٤ هامش ٣٩، ٤٠.

وبهذا الطريقة استطاع القضاء الفرنسي أن يتجنب الاصطدام المباشر مع مبدأ عدم افتراض التضامن (م ١٢٠٢ مدنى فرنسى)، حيث أن التضامم، وان كان يشبه التضامن، إلا أنه ليس نوعاً منه. وبالتالى ليس هو فى حاجة إلى اتفاق أو نص ليقرره.

فى القانون المصرى: قد اتسع نطاق التضامن ليشمل العديد من الحالات التى تدخل فى نطاق التضامم فى القانون الفرنسي، وقد ترتب على ذلك أن أصبح نطاق التضامم فى القانون الفرنسى أوسع بكثير منه فى القانون المدنى المصرى. وبالعكس نجد أن نطاق التضامن فى القانون المدنى المصرى أوسع منه بكثير فى القانون الفرنسى. وهذا الاختلاف فى نطاق كل من التضامن والتضامم فى كل من القانونين يرجع إلى اختلاف طبيعة الأحكام المنظمة للتضامن والفلسفة التى يقوم عليها هذا التنظيم فالتضامن فى فرنسا كوسيلة ضمان شخصى أقوى منه بكثير في القانون المصرى.

وبالرغم من اتساع نطاق التضامن فى القانون المدنى المصرى إلا أنه وجدت حالات يتعدد فيها المدينون لأى سبب كان، ويكون كل واحد منهم مسئولاً عن الدين كله قبل الدائن ودون أن يكون هناك اتفاق أو نص على التضامن، وهذه الحالات تقابل بطبيعة الحال فكرة التضامم.

وتتجلى أهمية التفرقة بين التضامن والتضامم فى القانون المصرى فى استبعاد الآثار الثانوية وذلك لانتفاء المصلحة المشتركة بين المدينين، والتى تبرر النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر كما نظمها القانون المدنى المصرى، كما أن الرجوع بين المدينين المتضامنين ليس نتيجة حتمية، كما لا يعتبر مبدأ عاماً، كما أنه يمكن أن يكون رجوعاً فى اتجاه واحد[1].

وقد ترتب على الأخذ بفكرة التضامم فى القانون المدنى المصرى أن أصبح مركز المدين المتضامم فى القانون المصرى أسوأ من مركز المدين المتضامن، ويرجع ذلك إلى أن الآثار الثانوية التى استبعدت فى التضامم كانت مقررة لمصلحة المدينين المتضامنين لا لمصلحة الدائن. وذلك على عكس الحال فى القانون الفرنسى.

ولذلك قد كان لموقف القضاء الفرنسى فى اتجاهه إلى التضامم ما يبرره حيث أنه لجأ إلى التضامن دون اتفاق أو نص فى الحالات التى تشبه التضامن ليحقق الضمان اللازم للدائن ودون أن يثقل كاهل المدينين المتضامنين بالآثار الثانوية الناشئة عن التضامن، وبذلك قد تفادى القضاء الفرنسى الاصطدام بمبدأ افتراض التضامن.

---

(١) انظر بحثنا السابق الإشارة إليه، ص ١٠٢.

أما فى مصر، فاننا قد وقعنا فى تناقض واضح، حيث أنه أردنا باقرار التضامم تجنب الاصطدام بنص المادة ٢٧٩ مدنى والتى تنص على أن التضامن لا يفترض، إذ بنا ندخل فى القانون المصرى نوعاً من الضمان الشخصى أقوى بكثير من التضامن دون نص أو اتفاق.

والسؤال الذى يطرح نفسه الآن، هل هذه التفرقة التقليدية بين التضامم والتضامن مازالت تحتفظ بأهميتها إلى الآن فى القانون الوضعى؟ أم هناك ما يدل على انحسارها؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثالثاً - انحسار التفرقة بين التضامن والتضامم :

وفى هذا الصدد سنعرض لمظاهر هذا الانحسار، ثم نقف بعد ذلك على آثار هذا الانحسار.

١ - مظاهر هذا الانحسار :

نستطيع أن نتتبع مظاهر هذا الانحسار فيما يتعلق بالأساس القانونى للتضامم، وفيما يتعلق باستبعاد الآثار الثانوية للتضامن، والرجوع بين المدينين المتضامين واخيراً فيما يتعلق برقابة محكمة النقض على التفرقة بين التضامن والتضامم.

أ - فيما يتعلق بالأساس القانونى للتضامم: من الثابت أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى أنواع الضمانات الشخصية لما يكفله للدائن من ضمان الحصول على حقه، كما أنه يجنبه مخاطر اعسار أحد المدينين وتعدد الاجراءات وكثرة النفقات، أما بالنسبة للتضامم فان النظرية التقليدية تنظر إليه على أنه من طبيعة الأشياء ذاتها.

وقد اتجه الفقه فى الآونة الأخيرة إلى القول بأن الأساس الذى يقوم عليه الالتزام التضاممى هو اعطاء المضرور أقصى فرصة ممكنة للتعويض عما أصابه من ضرر. هذا يعنى أنه يجب أن نعزز ضمان المضرور فى الواقع بتأمينه ليس فقط من آثار الحادث الذى وقع له وانما أيضاً ضد مخاطر اعسار أحد المسئولين عن الحادث.

وهكذا قد وصل التطور بالأساس القانونى للالتزام التضاممى فى فرنسا إلى حد جعله يتشابه، ان لم يكن يتطابق مع الأساس القانونى للتضامن ولذلك نرى أن التفرقة بين التضامن والتضامم قد فقدت الكثير من أهميتها فى هذا المجال.

ب - فيما يتعلق باستعاد الآثار الثانوية للتضامن:

اتجه القضاء فى فرنسا إلى ترتيب بعض الآثار الثانوية للتضامن على التضامم مما أدى إلى القضاء على أهم عنصر من عناصر التفرقة بين التضامن والتضامم[1].

---

(١) انظر بحثنا السابق الاشارة إليه، ص ١٠٥، ١٠٦

جـ - فيما يتعلق بالرجوع فيما بين المدينين: بعد أن اتسع نطاق تطبيق التضامم فى مجال المسئولية المدنية قد تطور القضاء الفرنسى فى هذا الصدد تطوراً كبيراً بأن أقر مبدأ الرجوع فيما بين المدينين على نطاق واسع. وقد أسس القضاء الرجوع فيما بين المدينين المتضامنين على أساس الحلول القانونى الوارد فى نص المادة ٣/١٢٥١ مدنى فرنسى، وبعض الاحيان سمح بالرجوع بينهم على أساس الدعوى الشخصية ولكن دون أن يذكر الأساس القانونى لذلك[1].

د - فيما يتعلق برقابة محكمة النقض على التفرقة بين التضامن والتضامم: كانت محكمة النقض الفرنسية مستقرة على رقابة الأحكام التى تقرر التضامن فى حالات لم تتعلق إلا بالالتزام التضاممى، أى أنها تعتبر التفرقة بينهما مسألة قانونية تخضع لرقابتها. وقد انتهى التطور إلى أنه لم يعد استعمال اصطلاح التضامن فى الحالات التى يجب القضاء فيها بالتضامم سبباً موجباً للنقض، واستقرت سياسة محكمة النقض فى الوقت الحالى على أنه مجرد استعمال غير دقيق للمصطلحات من جانب قضاة الموضوع لا يستوجب النقض، وانما يمكن تصحيحه باستعمال المصطلح الصحيح.

٢ - آثار هذا الانحسار :

وسندرس هنا ما انتهى إليه التطور من تعارض واضح مع مبدأ عدم افتراض التضامن، ثم نبحث بعد ذلك كيفية التغلب على هذه العقبة فى فرنسا ومصر.

أ - التعارض الواضح مع مبدأ عدم افتراض التضامن: من خلال تتبعنا لمظاهر انحسار أهمية التفرقة بين التضامن والتضامم نستطيع أن نقول أن هناك فى الوقت الحاضر اتجاهاً قوياً فى فرنسا، بدأت تتضح معالمه نحو التقريب بين الالتزام التضاممى والالتزام التضامنى.

فى مصر نجد أن القضاء لم يتشدد فى التمسك بمبدأ عدم افتراض التضامن، فنجد محكمة النقض المصرية تقضى بأنه ليس فى القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد وتضامن هؤلاء المدينين فى الدين دون تضامن بينهم، ويصبح كل منهم بمقتضى ذلك مسئولاً عن كل الدين قبل الدائن، ويكون لهذا الدائن التنفيذ به كله قبل أيهما[2].

كما أننا وجدنا، بعد التحليل الدقيق، أن مركز المدين المتضامم فى القانون المصرى، أسوأ من المدين المتضامن وذلك على النحو السابق بيانه.

---

(١) المرجع السابق، ص ١٠٨ هامش ٨٧، ٨٨.
(٢) نقض ١٩٦٨/٣/٢١ مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ٥٦٩.

وإذا كان المحرك الرئيسى للقضاء الفرنسى فى التجائه إلى فكرة الالتزام التضاممى هو عدم الاصطدام بمبدأ عدم إفتراض التضامس (م ١٢٠٢ مدنى فرنسى)، مع توفير الضمان اللازم للدائن فى الحصول على حقه دون اثقال لكاهل المدينين المتضامين وذلك باستبعاده للآثار الثانوية الناشئة عن التضامن، على اعتبار أن التضامم ليس نوعاً من التضامن، وانما يمثل نظاماً قانونياً مستقلاً، إلا أن التطور الذى انتهى القضاء الفرنسى إليه يسير فى الاتجاه المضاد لذلك تماماً.

كما أن الوضع فى القانون المدنى المصرى أصبح شاذاً للغاية، إذا باستبعاد الآثار الثانوية للتضامن، والتى تقوم على النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر، قد أدى إلى أن التضامم أصبح يقدم للدائن ضماناً أقوى بكثير مما يقدمه التضامن ودون اتفاق أو نص قانونى عليه.

ونستطيع أن نقرر الآن أن تطور الالتزام التضاممى فى فرنسا سيؤدى به إلى الاصطدام المباشر مع مبدأ عدم افتراض التضامن (م ١٢٠٢ مدنى فرنسى). أما فى مصر فان الالتزام التضاممى منذ نشأته، وهو يصطدم اصطداماً مباشراً بمبدأ عدم افتراض التضامن (م ٢٧٩ مدنى).

ب - كيفية ازالة هذا التعارض: بالرغم من أن تطور الالتزام التضاممى يسير بخطى واسعة نحو الاصطدام المباشر بمبدأ عدم افتراض التضامن، إلا أن مرونة صياغة نص المادة ١٢٠٢ مدنى فرنسى والدور الانشائى المعهود للقضاء الفرنسى يمكنهما التغلب على هذه العقبة.

فالمادة ١٢٠٢ فرنسى تنص على أن «التضامن لا يفترض وانما ينبغى الاتفاق الصريح عليه». ولا يحد من تطبيق هذه القاعدة إلا الحالة التى يتم فيها التضامن بقوة القانون طبقاً لنص القانون.

وإذا نظرنا إلى عبارة هذا النص نجد أنه بصدد التضامن الاتفاقى يشترط الاتفاق الصريح عليه، بينما بصدد التضامن الذى يتم بقوة القانون لم يتطلب أن يكون ذلك بناء على نص صريح وانما تكلم على أن يكون ذلك طبقاً لنص فى القانون. وحيث أن التضامم يقع فى معظم الأحوال نتيجة لتطبيق نصوص قانونية. كما أن الحالات الأخرى تنشأ من طبيعة الأشياء، فانه يمكن ادخال التضامم فى نطاق التضامن الذى يتم بقوة القانون.

وخاصة اذا أخذنا فى الاعتبار، إلى جانب هذا التفسير، الدور الانشائى المعهود للقضاء الفرنسى، فانه يمكننا أن نقرر أن هناك امكانية للاجتهاد وايجاد مخرج فى القانون الفرنسى.

أما بالنسبة للقانون المدني المصرى فان التنظيم القانوني التفصيلي للتضامن بين المدينين، وتغطية معظم وأهم حالات التضامم. فى القانون الفرنسى، بنصوص كالتزنيه تعرض ليبيا التضامن لم يجعل للتفرقة بين الالتزام التضامني والالتزام التضاممي أهمية تذكر. بل أكثر من ذلك نجد أنه في حالات التضامم أن مركز المدين المتضامم أسوأ من مركز المدين المتضامن وأصبح الوضع مقلوبا، حيث أن ضمان الدائن في الالتزام التضاممي أقوى منه في الالتزام التضامني وهو مقرر دون اتفاق أو نص في القانون.

بالاضافة إلى ذلك فان نص المادة ٢٧٩ مدني قاطع الدلالة على أن التضامن لا يفترض، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون. وبالتالي فلا محل للاجتهاد. رد على ذلك أن القضاء في مصر، في غالب الأحوال، يعتبر قضاء محافظاً لا يميل إلى الانشاء، وانما يعتمد غالباً على نصوص القانون وتفسيرها وفقاً لقواعد التفسير الضيق. ولذلك فانه ليس هناك امكانية لازالة التعارض الواضح بين فكرة الالتزام التضاممي ومبدأ عدم افتراض التضامن إلا عن طريق تدخل تشريعي لتعديل النص القانوني الحالي على النحو التالي «التضامن لا يفترض انما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون أو يستخلص بوضوح من الظروف».

وهذا التعديل المقترح يعطي للقاضي سلطة ادخال جميع حالات التضامم في نطاق التضامن، وبالتالي تخضع لنظامه القانوني كما أن هذه الصياغة تتفق مع طبيعة الالتزام التضامي حيث أنه ينشأ من طبيعة الاشياء، وبالتالي لا يقع تحت حصر، وانما يجب أن نترك المجال مفتوحاً لما يجد من حالات، وذلك إذا ما توافرت شروطها أخذت حكم التضامن. وبذلك يستقيم الوضع وتصبح التفرقة بين التضامن والتضامم مجرد تفرقة نظرية محضة تنصب على الاختلاف في النشأة دون الأحكام.

المطلب الثالث

التضامن الايجابي

- تشابه أحكامه مع التضامن السلبي وندرته في العمل :

ويتفق التضامن الايجابي مع التضامن السلبي في المصدر، كما أن المبادئ التي تحكم التضامن السلبي هي ذاتها التي تحكم التضامن الايجابي بين الدائنين، والمبادئ الثلاثة التي تحكم التضامن الايجابي هي: وحدة الدين، وتعدد الروابط، والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وهذه هي المبادئ التي تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنين، أما فيما يتعلق بعلاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم فالقاعدة هي انقسام الدين.

والتضامن الايجابى نادر الوقوع فى العمل، إذ فائدته الحقيقية انما تعود على المدين وحده، إذ هو يسهل عليه ابراء ذمته بوفاء الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين. أما بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا ما استوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل أن يوفى لشركائه حصصهم، ولذلك أعطت المادة ٢٨٠ مدنى لأى من الدائنين أن يمانع فى أن يتم الوفاء لأحدهم. ولنر هذه الأحكام بالتفصيل.

أولاً : علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين

يحكم هذه العلاقة ثلاثة مبادئ، وحدة الدين، تعدد الروابط، النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر.

١ – وحدة الدين

مقتضى مبدأ وحدة الدين أن يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بالوفاء بكل الدين (م ١/٢٨١ مدنى). وفى مقابل ذلك يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعاً (م ١/٢٨٠ مدنى).

غير أنه يرد على هذا المقتضى بشقيه عدة قيود:

أولاً: ان انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعاً إذا قام المدين بوفائه لأى منهم مقيداً بألا يكون قد مانع أحدهم فى ذلك الوفاء (م ١/٢٨٠ مدنى) وإلا فلا تبرأ ذمة المدين قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له. وإذا أراد المدين أن يتخطى هذه العقبة عليه الوفاء للدائنين مجتمعين أو ايداعه الشئ محل الالتزام[1]. مع مراعاة أنه لا يشترط فى اعتراض الدائن المانع أى شكل خاص[2].

ثانياً: اتخاذ أحد الدائنين قبل المدين اجراءات المطالبة يوجب عليه أن يوفى الدين كله لهذا الدائن أو لمن انضم إليه فى تلك الاجراءات من الدائنين الآخرين. ويترتب على ذلك أنه لا يحتج بوفاء أداه المدين لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفى له[3].

ثالثاً: وفاة أحد الدائنين المتضامنين يترتب عليه انقسام الدين بين ورثته. فالتضامن الايجابى لا يحول دون هذا الانقسام (م ٢/٢٨٠ مدنى) ومقتضى هذا الحكم

---

(١) وذلك قياساً على ما جاء فى المادة ١/٣٠٢ فى شأن عدم القابلية للانقسام، أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٤، وقارن السنهورى، الوسيط، جـ ٣ فقرة ١٣٣ ص ٢١٥ هامش ٢.

(٢) انظر: أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٢٣٤، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨١، ص ٣٤٢.

(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨١ ص ٣٤٢، ٣٤٣.

أنه لا يجوز لأى من ورثة الدائن المتضامن أن يطالب المدين إلا بقدر حصته فى الميراث. كما أنه لا يجور للمدين أن يوفى لأى منهم إلا بقدر هذا النصيب. أما باقى الدائنين المتضامنين فان مبدأ وحدة الدين يظل يحكم العلاقة فيما بينهم وبين المدين، فيجوز لأيهم أن يطالب المدين بكل الدين، كما يجوز للمدين أن يوفى بكل الدين لأحدهم.

٢ – تعدد الروابط :

يجب أن نؤكد أيضاً فى هذا الصدد أن وحدة الدين التى تترتب على التضامن لا تحول دون تعدد الروابط (نتيجة لتعدد الدائنين) التى تربط الدائنين بالمدين واستقلال كل رابطة عن الأخرى. وتتجلى مظاهر هذا التعدد وذلك الاستقلال، فى الاعتداد بالوصف الذى يلحق رابطة كل دائن بالمدين. وفى قصر براءة ذمة المدين قبل أحد المدينين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن.

أ – الاعتداد بالوصف الذى يلحق كل رابطة :

يترتب على استقلال رابطة كل دائن بالمدين عن رابطة غيره من الدائنين وجوب اعتداد كل دائن بالوصف الذى يلحق رابطته، ويعدل من أثر الالتزام فى مواجهته (م ١/٢٨١ مدنى). من ذلك أن يكون الدين بالنسبة إليه معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

ومقتضى هذا الاستقلال أيضاً أنه لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتم على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً. (م ٢/٢٨١ مدنى). من ذلك أن يشوب أحدى الروابط عيب لا يمس الروابط الأخرى، كوقوع المدين فى غلط يجيز له أن يطلب ابطال العقد بالنسبة لبعض الدائنين فحسب، بأن كان البعض على علم بهذا الغلط وكان البعض الآخر لا يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠ مدنى). فإذا كان العيب خاصاً برابطة أحد الدائنين كان الدفع المبنى عليه دفعاً خاصاً لا يحتج به إلا على هذا الدائن. على عكس الدفوع المشتركة، كالدفع بالبطلان لعدم مشروعية المحل مثلاً[1].

ب – قصر براءة ذمة المدين قبل احد الدائنين لسبب غير الوفاء على حصة هذا الدائن:

من مقتضى تعدد الروابط أن انقضاء رابطة أحد الدائنين المتضامنين، دون أن يوفى المدين الدين، وبسبب خاص بهذا الدائن، لا ينصرف أثره إلى الدائنين

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٣٤٣، ٣٤٤.

الأخرين إلا بقدر حصة هذا الدائن (م ٢/٢٨٢ مدنى). وبذلك يكون المشرع قد قصر أثر التضامن الايجابى فى صلة الدائنين المتضامنين بالمدين على استيفاء الدين، فاذا استوفاه أحدهم من المدين برأت ذمة هذا الأخير قبلهم جميعاً.

وعلى ذلك فالتجديد الذى ينعقد بين المدين وأحد الدائنين المتضامنين لا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا بالنسبة لهذا الدائن وحده، ويبقى الالتزام القديم قائماً بالنسبة لباقى الدائنين فيجوز لأى منهم أن يطالب المدين بعد استنزال حصة الدائن الذى اتفق على التجديد. وتنطبق هذه القاعدة على المقاصة التى تقع بين المدين وأحد الدائنين، وعلى اتحاد الذمة، وعلى الابراء. وبالمثل إذا انقضى التزام المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بالتقادم، ولم ينقض بهذا السبب قبل غيره من الدائنين، لعدم استكمال مدته بالنسبة لهم بسبب عدم استحقاق حقهم أو لوقف التقادم أو انقطاعه فى مواجهتهم، فانه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالتقادم فى مواجهتهم إلا بقدر حصة هذا الدائن[1].

٣ – النيابة التبادلية :

– **المبدأ:** اقتصار النيابة التبادلية على ما ينفع دون ما يضر. وقد نصت المادة ٢/٢٨٢ على ذلك صراحة بأنه «لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين».

– **تطبيق المبدأ: الشق الأول**، تقوم فكرة النيابة التبادلية على ما يحقق مصلحة الدائنين المتضامنين. ولذلك إذا قطع أحد الدائنين التقادم المسقط انقطع بالنسبة للباقين. كما إذا طالب أحدهم بفوائد الدين سرت هذه الفوائد بالنسبة لهم جميعاً من وقت هذه المطالبة. وإذا أقر المدين بالدين فى مواجهة أحدهم استفاد منه الباقون، ما لم يكن هذا الحكم مبنياً على سبب خاص بهذا الدائن.

الشق الثانى يقوم على استبعاد النيابة التبادلية فيما يضر. وعلى ذلك إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى الدائنين. وكذلك إذا صدر حكم لصالح المدين ضد أحدهم فلا يسرى على غيره من الدائنين. وإذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلف أن الدين غير موجود فلا يضار بذلك باقى الدائنين.

---

(١) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٢٦٢ ص ١٣٦، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٢ ص ٣٤٤، ٣٤٥، وانظر عكس ذلك، عبد الحى حجازى، المرجع السابق، جـ١ ص ٢٢١– ٢٢٢.

ثانيا - علاقة الدائنين المتضامنين فيما بينهم

- المبدأ · انقسام الدين

وقد نصت المادة ٢٨٣ مدنى على أن «١- أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من المدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتحاصون فيه» «٢- وتكون القسمة بينهم بالتساوى إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك»

وعلى ذلك يكون رجوع الدائنين المتضامنين على بعضهم وفقا للاتفاق الذى تم بينهم أو النص ان كان هناك نص، والا تتم القسمة بينهم بالتساوى. وهذا الرجوع لا يكون إلا بدعوى شخصية، دعوى الوكالة إذ أمكن استخلاص وكالة ضمنية، والا فدعوى الفضالة، ولا تتصور دعوى الحلول بداهة فى التضامن الايجابى[1]، حيث أن الحلول لا يتصور إلا فى الوفاء عن الغير لا فى الاستيفاء عن الغير.

أما إذا كان أحد الدائنين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فلم يكن الآخرون إلا مجرد وكلاء فى القبض، فلا يكون لهم عليه رجوع ان قد استوفى الدين، وله أن يرجع بالدين كله على من استوفاه من الآخرين[2].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٣٤٦.

(٢) أنور سلطان، المرجع السابق. فقرة ٢٦٦ ص ٢٣٨، اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٤ ص ٣٤٦.

المبحث الثاني

عدم القابلية للانقسام

- الالتزام القابل للانقسام وغير القابل للانقسام :

لا تثور مشكلة التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام والالتزام غير القابل للانقسام إلا حيث يتعدد أحد طرفي الالتزام أما إذا كان هناك دائن واحد أو مدين واحد فانه لا أهمية لكون الالتزام قابلاً للانقسام أو غير قابل لأنه في جميع الأحوال يجب على المدين أن يوفى بالالتزام كله حتى ولو كان قابلاً للانقسام، كما لا يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى (م ٣٤٢/١ مدنى).

أما إذا تعدد أحد طرفى الالتزام أو كلاهما فانه يتعين التفرقة بين الالتزام القابل للانقسام وغير القابل لـه. فاذا كان الالتزام قابلاً للانقسام (وغير تضامنى أو تضامنى) فلا يجوز لأى من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين إلا بقدر حصته فى الدين، ولا يجوز الزام أى مدين من المدينين المتعددين إلا بوفاء نصيبه فى الدين. أما إذا كان الالتزام غير قابل للانقسام جاز لكل دائن من الدائنين المتعددين أن يطالب المدين بوفاء الدين كاملاً، كما يجوز الزام أى مدين من المدينين المتعددين بوفاء كامل الدين للدائن.

وعلى ذلك يجب الوقوف على أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام، ثم معرفة الآثار التى ترتب على ذلك. وأخيراً تعقد مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن.

المطلب الأول

أسباب عدم قابلية الالتزام للانقسام

ترجع أسباب عدم الانقسام إلى أحد سببين: ١- اما إلى طبيعة المحل (م ٣٠٠/أ). ٢- واما إلى اشتراط المتعاقدين ذلك (م ٣٠٠/ب).

أولاً – عدم الانقسام الطبيعى :

وعدم الانقسام الطبيعى يرجع إلى أن محل الالتزام لا يقبل بطبيعته أن ينقسم اما لأن المحل يستعصى على التجزئة فلا يتصور تجزئته، واما لأن المحل – وان كان يقبل الانقسام – إلا أنه امتنع تجزئته لنظر المتعاقدين إليه ككل لا يقبل التجزئه بسبب الغرض المقصود منه. على ذلك فان عدم القابلية للانقسام تكون فى الحالة الأولى، مطلقة، وفى الحالة الثانية، نسبية.

١ - **عدم الانقسام المطلق**: يرجع ذلك إلى طبيعة المحل ذاته. مثال ذلك الالتزام بامتناع عن عمل حيث أن أى مخالفة جزئية لهذا الالتزام تعتبر مخالفة للالتزام فى جملته، فلا يتصور انقسام الالتزام بعدم المنافسة للمشترى فى حالة تعدد بائعى المحل التجارى مثلاً. أما بالنسبة للالتزام بعمل فانه قد لا يقبل المحل بطبيعته الانقسام، كما فى الالتزام بتسليم حيوان حى. أما الالتزام بنقل حق عينى أو انشائه على شئ، أى الالتزام باعطاء، فيندر أن يكون غير قابل للانقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله، مثال ذلك الالتزام بتقرير حق ارتفاق.

٢ - **عدم الانقسام النسبى** : وهذا لا يرجع إلى طبيعة محل الالتزام وانما يرجع إلى الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان. مثال ذلك التزام المقاول ببناء المنزل، فهذا الالتزام من الممكن تجزئته وفقاً لمراحله المتعاقبة، ومع ذلك فالتزام المقاول لا يقبل التجزئة بالنظر إلى الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان وهو المنزل بأكمله، فاذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقاً لمواصفات معينة فلا ينقسم الالتزام عليهما وان لم يشترط التضامن بينهما، إذ يجوز لرب العمل أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً وفقاً للمواصفات المتفق عليها. ومن ذلك أيضاً أن يتعهد مؤلفان لناشر بوضع مؤلف فى موضوع معين فهذا الالتزام لا يقبل الانقسام بالنظر إلى الغرض منه.

ثانياً - عدم الانقسام المشروط :

ويرجع عدم الانقسام فى هذه الحالة إلى مجرد الاتفاق على عدم تجزئة الوفاء. فعدم الانقسام لا يرجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، وهذا الاتفاق قد يكون صريحا أو ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد، وبصفة خاصة من الغرض المقصود من الالتزام، كما لو اشترى شخص أرضا من عدة ملاك وكان مفهوماً فى العقد أنه قد قصد أن يقيم عليها مصنعاً، فلا يجوز الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة، بل يجب الوفاء بالكل[1].

واشتراط عدم الانقسام قد يقصد به تحقيق مصلحة للدائن، وهذا هو الغالب إذ يكون للدائن فى هذه الحالة مطالبة أى مدين من المدينين المتعددين بأداء كامل الالتزام، وقد يقصد به تحقيق مصلحة المدين حتى لا يضطر إلى تقسيم الوفاء على دائنيه المتعددين من ذلك اشتراط الشركات عدم تجزئة الأسهم والسندات عند وفاة صاحبها على عن عدة ورثة، مقتضى ذلك أن الشركة غير ملزمة بتقسيم الأرباح والفوائد على الورثة وانما تقوم بالوفاء بها جملة واحدة.

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ ص ٣٤٨

المطلب الثاني

آثار عدم قابلية الالتزام للانقسام

ان الاثر الجوهرى لعدم القابلية للانقسام هو وجوب الوفاء به جملة واحدة، فالالتزام غير القابل للانقسام لا يقبل الوفاء الجزئى وتظهر أهمية عدم القابلية للانقسام عندما يتعدد الدائنون أو المدينون كما سبق أن رأينا. ولنر ذلك تفصيلاً.

أولاً – حالة تعدد المدينين .

القاعدة إذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً (م ١/٣٠١ مدنى)، كما أن للمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك (م ٢/٣٠١ مدنى) وعلى ضوء ذلك يجب التفرقة بين علاقة الدائن بالمدينين وعلاقة المدينين فيما بينهم.

١ – بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدينين :

نستطيع أن نستخلص من ذلك أن الآثار التى تترتب على هذه القابلية للانقسام عند تعدد المدينين تشتبه بآثار التضامن السلبى من حيث أن كل مدين فى علاقته بالدائن يكون مسئولاً عن الدين كله (وحدة الدين) كما أن ذلك لا ينفى اختلاف رابطة بعض المدينين على رباطة البعض الآخر (تعدد الروابط).

أما بالنسبة للنيابة التبادلية بين المدينين فى صلتهم بالدائن قد اختلف الفقهاء حول مدى انطباقها فى حالة عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين. فيذهب البعض إلى استبعادها[1]، بينما يرى البعض الآخر أنه يمكن الأخذ بها فى الحدود المقررة فى شأن التضامن، ى فيما ينفع دون ما يضر[2]، وهناك فريق آخر يرى أنه ليس للخلاف فى الواقع إلا أهمية عملية محدودة لأنه إذا أخذنا بفكرة النيابة التبادلية فيما ينفع دون ما يضر، وجب مع ذلك مراعاة السبب الذى يرجع إليه عدم القابلية للانقسام، فاذا كان السبب يرجع إلى طبيعة المحل، كان للدائن مطالبة أى مدين بكامل الالتزام، ولو كان هذا الالتزام قد انقضى بالنسبة إلى غيره من المدينين بالتقادم، أما إذا كان عدم الانقسام عرضياً أى مشروطاً فيجور لمن يطالبه الدائن بوفاء الدين أن يستنزل منه حصة من انقضى الالتزام بالنسبة إليه بالتقادم[3].

---

(١) السنهورى، الوسيط، جـ ٣ فقرة ٢١٨ ص ٣٩٠. وعبد الحى حجازى، المرجع السابق، جـ ١ ص ٢٥٩ وص ٢٦٤ وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق فقرة ٢٧٥ ص ٢٨٨.

(٢) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٦ ص ٣٥٠ وبصفة خاصه هامش ١

(٣) أنور سلطان، المرجع السابق. فقره ٢ ٣. ص ٢٦٤

نحن نرى أن الوضع الصحيح للمسالة يكمن فى البحث عن الأساس الذى نرتكز عليه فكرة النيابة التبادلية فى التضامن. وقد سبق أن رأينا أن الأساس الذى يفسر فكرة النيابة التبادلية بين المدينين هو المصلحة المشتركة بين هؤلاء المدينين. ولهذا السبب استطاع الفقه الفرنسى ارجاع النصوص الواردة فى هذا الصدد إلى فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع وفيما يضر. كما أن القضاء الفرنسى انطلق من هذا الأساس وراح يستخلص النتائج المنطقية الأخرى المترتبة على ذلك على النحو السابق بيانه بصدد التضامن.

وإذا رجعنا إلى عدم القابلية للانقسام الذى يتعدد فيه المدينون سوف نجد أن عدم الانقسام قد يرجع إلى اتفاق الأطراف أو إلى طبيعة المحل ذاته، وعلى ذلك نستطيع أن نقول أنه يمكن افتراض قيام المصلحة المشتركة بين المدين فى حالة الاتفاق على عدم الانقسام فحسب، وبالتالى يكون هناك محل لتطبيق فكرة النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر فى القانون المصرى فى هذه الحدود. أما إذا كان عدم الانقسام طبيعياً بحيث لا يكون هناك أى دخل لارادة الأطراف فى ذلك فانه لا يمكن افتراض قيام مصلحة مشتركة فيما بين المدينين فى هذه الحالة وبالتالى عدم امكانية تطبيق فكرة النيابة التبادلية.

٢ - بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم :

فالقاعدة هى انقسام الدين. بمعنى أن للمدين الذى أوفى الدين كاملاً للدائن أن يرجع على الباقين كل بقدر حصته فى الدين إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك.

ويكون الرجوع فى الحالات التى يجوز فيها ذلك، بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول. كما أن الموفى من هؤلاء المدينين لا يتحمل وحدة تبعة اعسار أحدهم بل توزع هذه التبعة على الباقين بنسبة حصة كل منهم فى الدين.

ثانياً - حالة تعدد الدائنين :

إذا تعدد الدائنون جاز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً كما هو الحال فى التضامن الايجابى ولكن هذا مشروط بعدم اعتراض أحد الدائنين على ذلك، إذ فى هذه الحالة يتعين على المدين أداء الدين للدائنين مجتمعين أو ايداع الشئ محل الالتزام (م ١/٣٠٢ مدنى). وإذا استوفى أحد الدائنين الالتزام من المدين رجع عليه الباقون كل بقدر حصته (م ٢/٣٠٢ مدنى). وتقوم النيابة التبادلية فيما بين الدائنين فى الحدود السابق بيانها.

- مقارنة بين عدم القابلية للانقسام والتضامن :

يتبين لنا من دراسة كل من التضامن وعدم القابلية للانقسام أن هناك تشابه واضح بينهما في الآثار. لكن هذا التشابه الواضح في الآثار لا يحجب عنا ما بينهما من فروق نلخصها فيما يلي:

أولاً: هناك فارق في المدى بين كل من عدم القابلية للانقسام الطبيعي والتضامن. فالتضامن يمتد ليشمل كل من التنفيذ العيني والتعويض النقدي، أما عدم القابلية للانقسام الطبيعي، وهو الذي يرجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية، فيقتصر أثره على التنفيذ العيني دون التعويض النقدي، حيث أن الالتزام يبقى غير منقسم مادام محله لا يقبل التجزئة. أما إذا تحول إلى تعويض نقدي لتعذر التنفيذ العيني، انقسم الالتزام بالتعويض. مثال ذلك أن يلتزم مقاولان ببناء منزل دون تضامن بينهما، فللدائن أن يطالب أياً منهما ببناء المنزل كاملاً، وذلك هو التنفيذ العيني لا يقبل الانقسام بسبب طبيعة المحل كما نظر إليه في العقد. أما إذا تأخر المقاولان في اقامة المنزل أو لم يقيماه وفقاً للمواصفات أو لم يقيماه أصلاً، فان التعويض عن التأخير أو عن عدم التنفيذ ينقسم بينهما فلا يلزم كل منهما إلا بقدر حصته، ولذلك يكون من مصلحة الدائن ألا يكتفي بعدم القابلية للانقسام بل عليه أن يشترط التضامن بين المدينين[1]. وكذلك الحال إذا تعدد الدائنون في التزام يقبل التجزئة بسبب طبيعة محله، كما لو تعهد مقاول ببناء منزل لشخصين معاً، ثم تحول الالتزام إلى تعويض نقدي، فلا يكون لكل منهما أن يطالب بالتعويض كله إلا إذا كان التضامن مشروطاً بينهما[2].

ثانياً: هناك فارق من حيث أثر الوفاة على انقسام الالتزام من عدمه. ففي الالتزام غير القابل للانقسام، سواء كان عدم الانقسام طبيعياً أو مشروطاً، لا ينقسم الالتزام بين الورثة. فاذا كان الالتزام لا يقبل الانقسام وتوفى الدائن عن عدة ورثة كان لكل وارث أن يطالب بالدين كله. على العكس من ذلك في الالتزام التضامني. فمثلاً إذا اشترط التضامن بين الدائنين في التزام يقبل الانقسام، كدفع مبلغ من النقود، ثم توفى أحدهم فلا يحول التضامن دون انقسام الحق بين الورثة (م ٢٨٠/٢ مدني) على النحو السابق بيانه.

وتنطبق نفس هذه القاعدة في حالة وفاة أحد المدينين المتضامنين في القانون الفرنسي. لكن لا محل لذلك في القانون المصري إذ أن الدين لا ينقسم بين الورثه على أي الأحوال، بل هو مضمون بأموال التركة جميعاً ضماناً لا يقبل التجزئة[3].

---

(١) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٠ ص ٣٥٣.
(٢) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٣٥٤.
(٣) اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ١٨٧ ص ٣٥٤.

القسم الثانى
انتقال الالتزام

١ – تطور الائتمان وسهولة تداول الحقوق :

ان من أهم أسباب تطور الائتمان التجارى هو سهولة انتقال الحقوق وتداولها. أما فى الائتمان المدنى فنجد أن حوالة الحق وحوالة الدين محاطة بكثير من الاجراءات التى تعوق إلى حد كبير سهولة تداول الحقوق المدنية كما سنرى فيما بعد.

ولكن مما تجدر ملاحظته أن الحق المدنى إذا كان ثابتاً فى سند اسمى أو أذنى أو لحامله فانه يتبع فى شأن انتقاله وتداوله نفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى.

ففى السندات الأسمية، كالأسهم والسندات، يتم انتقالها عن طريق القيد فى دفتر خاص معد لذلك فى الشركة أو لدى الدولة فى حالة ما تصدره هذه الأخيرة من سندات. أما السند المتضمن شرط الاذن، كالكمبيالة والسند الاذنى والشيك، وغير ذلك من سندات، كسند الشحن أو سندات الخزن، فان انتقالها يتم عن طريق التظهير. وتخضع فى نظرنا لمبدأ تطهير الدفوع. أما السندات لحاملها، وهى السندات التى تحرر ابتداء لحاملها أياً كان، كالأسهم والسندات والكمبيالة والسند الاذنى والشيك وغيرها، فان انتقال الحق بها يتم بالتسليم المادى للسند المثبت فيه الحق.

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ينص فى المادة ١/٤٤٢ منه على أنه «يجوز اثبات حق مدنى فى سند اسمى أو سند اذنى أو سند لحامله. وفى هذه الحالة تتم حوالة هذا الحق بالنقل أو التظهير أو التسليم». وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أنه «لا يشترط اتخاذ الاجراءات المقررة فى المادة ٤٣٠ (تقابل المادة ٣٠٥ مدنى) فى الحالات التى يواجهها هذا النص (م ١/٤٤٢ من المشروع). فالقاعدة هى اتباع الأوضاع المقررة فى قانون التجارة فى حوالة الحق ولو كان مدنياً متى أثبت شكلاً فى سند اسمى أو سند أذنى أو سند لحامله». وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة»[١].

ونحن نميل إلى ضرورة تسهيل تداول الحقوق المدنية حتى يواكب الطفرات التى شهدها الائتمان فى الوقت الحاضر، وبصفة خاصة فى الدول المتقدمة، كما أن ذلك يقابل طموحاتنا فى تطور اقتصادى سريع لنلحق بركب الحضارة[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ٣ ص ١٣٣-١٣٤ فى الهامش.
(٢) انظر فى تفصيل أكثر بحثنا نحو قانون خاص بالائتمان، السابق الاشارة إليه، وبصفة خاصة ص ٢١٢ وما بعدها.

٢ - موضوع وخطة الدراسة :

يقصد بانتقال الالتزام هو أن يتحول الالتزام ذاته، سواء في جانبه الايجابي أو جانبه السلبي، من شخص إلى آخر. من دائن إلى دائن آخر، باعتباره حقاً شخصياً وهذا ما يسمى بحوالة الحق، أو من مدين إلى مدين آخر، باعتباره التزاماً، وهذا ما يسمى بحوالة الدين.

وأهم ما يتسم به انتقال الالتزام هو أن الالتزام، في الحالتين، يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه، فان الذى ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته وضماناته ودفوعه.

وانتقال الالتزام اما أن يكون بسبب الموت، واما أن يتم حال الحياة. فإذا توفى الدائن انتقل حقه إلى ورثته من بعده. ويصبح هؤلاء هم الدائنون مكانه، وإذا توفى المدين انتقل دينه إلى ورثته من بعده ويصبح هؤلاء المدينون مكانه، ولكن تتحدد مسئوليتهم عنه بأموال التركة.

أما انتقال الالتزام فيما بين الأحياء فانه يتم عن طريق الحوالة، سواء حوالة الحق، وحوالة الدين. أو التنازل عن العقد فيما يتضمنه من حقوق والتزامات كوحدة واحدة[١]. علاوة على ذلك، كما سوف نرى فيما بعد، أن هناك انتقالاً للحق فى حالة الوفاء مع الحلول.

وسنقتصر هنا على دراسة حوالة الحق فى باب أول، وحوالة الدين فى باب ثان، والتنازل عن العقد فى باب ثالث. أما الوفاء مع الحلول سوف نعرض له عند دراسة الوفاء كسبب من أسباب إنقضاء الالتزام.

---

(١) انظر بحثنا فى التنازل عن العقد، منشأة المعارف، ١٩٨٥.

الباب الأول
حوالــة الحــق

– التعريف بحوالة الحق وأهميتها العملية :

• حوالة الحق اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه. ويسمى الدائن الأصلى محيلاً، والدائن الجديد محالاً له، والمدين محالاً عليه.

• وحوالة الحق قد تتم فى مقابل ثمن نقدى فتأخذ حكم البيع، وقد تتم بلا مقابل فتأخذ حكم الهبة، وينطبق عليها الشروط الشكلية والشروط الموضوعية الخاصة بعقد الهبة، وقد يقصد بالحوالة قضاء دين على المحيل للمحال عليه، فتأخذ حكم الوفاء بمقابل – وقد يقصد بها اعطاء تأمين خاص فتأخذ حكم الرهن. على أنه مهما تعددت الأغراض التى تتصرف إليها حوالة الحق فان هناك قواعد عامة مشتركة تنطبق فى جميع الحالات. وهذه القواعد هى موضوع هذا الباب.

• وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نتبين ما تحققه حوالة الحق من فوائد لكل من المحيل والمحال له.

– فبالنسبة للمحيل فان الحوالة قد تلبى حاجته إلى نقود حالة لا يحققها له حقه المضاف إلى أجل، وقد تكون الحوالة وسيلة ميسرة لقضاء ما عليه من دين للمحال له، وقد تكون الحوالة وسيلة للتخلص من مدين مماطل تقتضى مطالبته اجراءات طويلة، ويغلب فى هذه الحالة أن يكون ثمن الحوالة أقل من قيمة الحق الأسمية.

– أما بالنسبة للمحال له فانه يقصد من وراء الحوالة المضاربة ، وذلك عندما يشترى الحقوق بأقل من قيمتها الاسمية ويأمل استيفائها كاملة من المدين، وقد يقصد من وراء الحوالة توظيف أمواله، عن طريق شراء الحقوق المؤجلة والتى تغل فائدة مرتفعة ومضمونة بتأمينات جدية مأمونة.

ولدراسة القواعد العامة التى تحكم الحوالة فى جميع هذه الحالات ينبغى أن نعرض أولاً لشروط الحوالة، ثم ندرس بعد ذلك آثارها.

الفصل الأول
شـــروط الحوالـــة

ولدراسة شروط الحوالة ينبغى أن نفرق بين شروط الانعقاد وشروط النفاذ.

المبحث الأول
شروط انعقاد الحوالة

ان حوالة الحق ليست إلا اتفاقاً بين المحيل والمحال له. وعلى ذلك فان هذا الاتفاق يجب أن تتوافر فيه أركان وشروط صحة الاتفاق بوجه عام. ومن ثم فلابد من تراض ومحل وسبب. وعلى ذلك فانه يجب أن يتوافر فى المتعاقدين الأهلية اللازمة للتصرف المراد تحقيقه بالحوالة، بيع أو هبة أو رهن أو وفاء بمقابل أو غير ذلك. ويجب أن يكون رضاهما خالياً من العيوب. كما أن يتوافر فى كل من المحل والسبب الشروط اللازمة قانوناً لكل منهما. ونحيل فى كل هذه المسائل إلى ما سبق دراسته فى النظرية العامة للعقد. ونكتفى هنا بالتركيز على مسألتين جديرتين بالبحث.

أولاً – الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال له :

تتم الحوالة فى التقنين المدنى الحالى برضاء المحيل والمحال له فقط. أى أن الحوالة اتفاق يتم بين الدائن الأصلى (المحيل) والدائن الجديد (المحال له). فالمدين (المحال عليه) ليس طرفا فى اتفاق الحوالة. فلا يشترط رضاه لانعقادها (م ٣٠٣ مدنى).

والعلة فى عدم اشتراط رضاء المدين لانعقاد الحوالة هى أنه يستوى لديه بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار فى الالتزام. وأن هذا التغيير لا يترتب عليه زيادة فى عبء الالتزام.

وهذا المسلك يتفق مع التقنينات الحديثة، كما أنه يعد خطوة أولى إلى الامام فى سبيل تطوير الائتمان المدنى.

وحوالة الحق اتفاق رضائى لا يشترط فيه شكل خاص، ما لم تكن هبة صريحة للمحال له فيجب عندئذ أن تفرغ فى شكلها الرسمى.

ثانياً – محل حوالة الحق :

محل الحوالة هو الحق المحال به. والقاعدة فى هذا الصدد أن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أياً كان محلها، وان كان الغالب عملاً ان ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود.

ويستوى، من حيث القابلية للحوالة، أن يكون الحق مدنياً أو تجارياً، أو أن يكون الحق موصوفاً بوصف من الأوصاف (أجل أو شرط أو تضامن أو عدم قابلية للانقسام) أو غير موصوف بشئ من ذلك. كما يستوى أن يكون الحق مدوناً فى سند مكتوب، حكم قضائى أو سند رسمى أو سند غير رسمى، أو غير مدون أصلاً.

هذا الأصل العام فى جواز حوالة الحقوق الشخصية أياً كان محلها لا يجرى على اطلاقه وانما ترد عليه استثناءات ثلاث :

١ - وجود نص فى القانون يمنع من حوالة بعض الحقوق (م ٣٠٣ مدنى) من ذلك عدم جواز حوالة الحقوق غير القابلة للحجز عليها، كدين النفقة. وإذا كان الحق غير قابل للحجز فى جزء منه فحسب فلا تمتنع الحوالة إلا فى حدود ذلك الجزء (م ٣٠٤ مدنى).

٢ - وجود اتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق (م ٣٠٣ مدنى)، فبعد أن جعل التقنين المدنى الحالى حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين، أصبح للمدين، إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه، أن يشترط على الدائن منذ البداية فى العقد المنشئ للحق عدم جواز حوالة هذا الحق. وهذا الشرط جائز ومعتبر لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام.

٣ - ما تستوجبه طبيعة الالتزام من عدم القابلية للحوالة كما هو الحال فى الالتزامات التى يكون لشخص الدائن فيها اعتبار خاص. من ذلك أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين بالذات.

المبحث الثاني
شروط نفاذ الحوالة

تنص المادة ٣٠٥ مدنى على أن الحوالة «لا تكون نافذه قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين او أعلن بها. على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ».

وعلى ضوء ذلك يجب التفرقة بين المدين والغير فيما يتعلق بنفاذ الحوالة.

أولاً – نفاذ الحوالة قبل المدين .

إذا كان المدين ليس طرفاً فى اتفاق الحوالة إلا أنه مع ذلك هو الذى يقع عليه الالتزام بالوفاء بالحق المحال به إلى المحال له دون المحيل، بحيث إذا وفى للمحيل لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لذمته وجاز للمحال له أن يطالبه بالوفاء مرة ثانية. لكن لكى ترتب الحوالة هذا الأثر الهام فى حق المدين فانه يجب أن تكون هذه الحوالة نافذة قبله بحيث يكون المدين على علم بحصولها. ولهذا السبب لم يجعل المشرع الحوالة نافذة قبل المدين بمجرد إنعقادها بين المحيل والمحال له وانما استلزم ضرورة علم المدين بها. وقد شرع المشرع طريقين يتم بهما هذا العلم، وهما قبول المدين للحوالة واعلانه بها.

١ – قبول المدين للحوالة: وتنحصر دلالة هذا القبول على مجرد اقرار المدين بحصول الحوالة، بحيث يكون عليه أن يؤدى الحق المحال به فى نفس الحدود التى كان عليه أن يؤديه فيها للمحيل. وبناء على ذلك فان هذا القبول لا يجعل المدين طرفاً فى الحوالة. كما أنه لا يتضمن معنى الاقرار بالتزامه قبل المحيل بغير قيد أو شرط، ولذلك كان للمدين رغم قبوله للحوالة أن يتمسك فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل. ويستثنى من ذلك الدفع بالمقاصة الذى كان يستطيع المدين أن يتمسك به قبل المحيل، فلا يجوز له التمسك به قبل المحال له إذا كان قد قبل الحوالة دون تحفظ (م ١/٣٦٨ مدنى) وسنعود إلى دراسة هذا الاستثناء عند دراسة المقاصة.

ولما كان الغرض من اشتراط القبول هو الدلالة على علم المدين بحصول الحوالة ولذلك يجب أن يكون هذا القبول تالياً لانعقاد الحوالة، أو على الأقل معاصراً لها، ولكن لا يجوز أن يكون سابقاً على هذا الانعقاد حتى ولو صرح المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير.

لا يشترط فى هذا القبول شكلاً خاصاً، فقط يكون صريحاً أو ضمنياً، مثل وفاء المدين بعض الدين للمحال له.

٢ - اعلان الحوالة إلى المدين: يتم الاعلان بواسطة المحضر، وذلك طبقاً للمادة ٦ مرافعات. وهذا الاعلان قد يتم بناء على طلب المحيل أو المحال له، وان كان الغالب أن يتم بناء على طلب الأخير، إذ من مصلحته أن يسارع، بمجرد انعقاد الحوالة، إلى القيام بما يلزم لنفاذها حتى يستقر له الحق المحال.

هذان الطريقان اللذان اشترطهما المشرع لنفاذ الحوالة قبل المدين ولذلك لا يجوز أن يحل محلهما شئ آخر. وبناء على ذلك فانه لا يعتد بالعلم الفعلى المستمد من أى طريق آخر، وبالتالى لا يقوم هذا العلم مقام العلم القانونى المستفاد من أحد هذين الطريقين.

ثانياً - نفاذ الحوالة قبل الغير :

تنفذ الحوالة قبل الغير بنفس الاجراءات التى تنفذ بها قبل المدين. أى بقبول المدين الحوالة أو اعلانه بها. لكن القاعدة فى شأن الغير انه يشترط للاحتجاج بالورقة العرفية فى مواجهته أن يكون لها تاريخ ثابت لذلك تطلب المشرع إذا كانت الحوالة نافذة عن طريق قبول المدين، وهو يتم بورقة عرفية، أن يكون لهذا القبول تاريخ ثابت (م ٣٠٥ مدنى). أما الاعلان فهو بطبيعته ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية على يد محضر. والغرض من اشتراط ثبوت التاريخ هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة اضراراً بالغير.

ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظرا لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به، كالمحال له.

- اجراءات أخرى لنفاذ الحوالة :

ما سبق أن قدمناه من اجراءات لنفاذ الحوالة قبل المدين والغير يعبر عن القاعدة العامة فى هذا الصدد، ولكن هناك استثناءات على هذه القاعدة نجملها فيما يلى:

١ - نصت عليه المادة ١١ من قانون الشهر العقارى من ان حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات يجب تسجيلها حتى تسرى فى حق الغير. معنى ذلك أنه إذا حول مالك العقار، ما يستحق له من أجرة فى المستقبل لمدة تزيد على ثلاث سنوات وجب تسجيلها حتى تسرى فى حق الغير، كالمشترى للعقار المؤجر أو الدائن المرتهن لهذا العقار. أما إذا كانت الحوالة لأجرة معجلة عن ثلاث سنوات فقط تكون نافذه فى حق الغير بالقبول الثابت التاريخ أو الاعلان.

٢ - حوالة الحقوق الثابتة فى سندات أسمية أو سندات لاذن أو فى سندات لحاملها. ففى السند الاسمى، كأسهم وسندات الشركات المساهمة أو سندات على الدولة، تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أو الغير بقيدها فى دفتر خاص يحتفظ به المحال عليه، الشركة أو الدولة، أما فى السند لاذن، كالكمبيالة والسندات الأذنية والشيكات الأذنية وغيرها كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن، وسندات الخزن، تكون الحوالة نافذة فى حق المدين أو الغير بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه فى ظهر السند. فى السندات لحاملها، كالأسهم والسندات والكمبيالات والسندات الأذنية والشيكات التى تحرر ابتداء لحاملها أيا كان، فان الحوالة تكون نافذة فى حق المدين أو الغير بمجرد التسليم المادى للسند. هذا النوع الأخير نادر فى الحياة العملية لسهولة ضياع الحقوق الثابتة فيه.



الفصل الثاني

آثــار الحوالــة

– ممـا تجدر الاشارة إليه منذ البداية أن آثار الحوالة تتراكب من آثـار التصرف القانوني الذى تهدف إليه الحوالـة، بيع أو وفاء بمقابل أو رهن أو هبـة، وآثار انتقال الالتزام ذاته. وآثار التصرف القانونى المراد تحقيقه من الحوالـة تحكمها القواعد الخاصة بهذا التصرف وبالتالى لا حاجة لنا للتعرض لها هنا.

– أما بالنسبة لانتقال الالتزام فانه يثير العديد من العلاقات:

أولاً: العلاقة بين المحيل والمحال له، وثانياً: العلاقة بين المحال له والمحال عليه، وثالثاً: العلاقة بين المحال له والغير. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المبحث الأول

علاقة المحال له بالمحيل

المحيل والمحال له هما طرفا الحوالة – ولذلك فان الأثر المباشر للحوالة هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد إنعقادها، وينتقل هذا الحق، كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفوع. كما يلتزم المحيل نحو المحال له بالضمان.

فى المقابل فان التزام المحال له يختلف باختلاف الحوالة فـان كانت الحوالة بيعاً، التزم المحال له بدفع الثمن، وان كانت مقايضة أو وفاء بمقابل، التزم المحال له بأداء العوض وهكذا. ودراسة هذا الالتزام تدخل فى دراسة العقد الذى اشتملت عليه الحوالة، وبالتالى لا محل للتعرض له هنا. ولذلك سوف نقتصر على دراسة ما يلزم به المحيل نحو المحال له.

المطلب الأول

انتقال الحق

سبق أن رأينا أنه يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات، وتوابع وما يلحق به مـن دفوع. كما أن هذا الحق ينتقل فى العلاقة بين المحيل والمحال له مـن وقت انعقاد الحوالة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً : انتقال الحق بصفاته وتوابعه ودفوعه

• يترتب على الحوالة انتقال نفس الحق من المحيل الى المحال له. فيصبح المحال له دائناًبالالتزام الذي كان للمحيل قبل المحال عليه وهذا الحق ينتقل بكل صفاته وتوابعه وضماناته.

- فالحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما له من صفات، كما لو كان تجارياً أو ثابتاً في سند تنفيذي. كما يكون له أن يطالب المدين، المحال عليه، بقيمة هذا الالتزام الأسمية ولو كان ما دفعه في شرائه أقل من ذلك مثلاً.

- والحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له بما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع. وعلى ذلك فينتقل الحق المحال به بكل ضماناته من كفالة أو امتيار أو رهن أو تأمين آخر (م ٣٠٧ مدنى)، مع مراعاة وجوب التأشير بالحوالة في هامش القيد الأصلي حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير (م ٢/١٠٥٣ مدنى و م١٩ من قانون الشهر العقارى). كما ينتقل هذا الحق بكل ما يشتمل عليه من توابع، ومن هذه التوابع أقساط الدين التى حلت والفوائد (م ٣٠٧ مدنى). ويعد من توابع الحق المحال به أيضاً الدعاوى التى تحميه وتؤكده. ومثالها دعوى الفسخ. فاذا حول البائع الثمن، ولم يقم المشترى بالوفاء به إلى المحال له، كان لهذا الأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشترى فاذا قضى بالفسخ عاد الشئ المبيع إلى المحال له لا المحيل.

- كذلك فإن انتقال الحق إلى المحال له يقتضي أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى اثباته والمطالبة به

• فى مقابل ذلك فان الحق المحال به ينتقل بما عليه من دفوع كالدفع بالبطلان أو الفسخ أو بانقضاء الدين، ويجوز للمدين المحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له كما كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل كما سوف نرى فيما بعد.

ثانياً : وقت انتقال الحق

- ينتقل الحق فيما بين المتعاقدين وهى المحيل والمحال له من وقت انعقاد الحوالة. ويترتب على ذلك أن يمتنع على المحيل قبض الدين أو التصرف فيه بأى نوع من أنواع التصرفات. ولذا يكون ما يستوفيه المحيل من المدين من هذا الوقت من حق المحال له ويتعين رده إليه. وإذا تصرف في الحق المحال به كان مسئولاً بمقتضى التزامه بالضمان كما سنرى.

- أما بالنسبة إلى المدين أو الغير فلا ينتقل الحق إلا من وقت نفاذ الحوالة بالقبول أو الاعلان على النحو السابق بيانه. ويترتب على ذلك أنه قبل نفاذ الحوالة

فى حق المدين أو الغير فإن الدائن فى نظر المدين، المحال عليه، هو المحيل لا المحال له، فاذا أوفى بالدين إلى المحيل الدائن الأصلى، كان وفاؤه صحيحاً مبرئاً لذمته، وليس للمحال له سبيل للرجوع عليه. ولكن المحيل هو المسئول قبل المحال له بالضمان.

المطلب الثانى
التزام المحيل بالضمان

قد حدد المشرع نطاق التزام المحيل بالضمان. ولكن هذا التحديد ليس من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على خلافه. كما أن المشرع قد حدد ما يرجع به المحال له على المحيل عند تحقق سبب من أسباب الضمان. ولنبحث ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً : نطاق الالتزام بالضمان

١ - الضمان القانونى :

- ضمان المحيل لأفعاله الشخصية: القاعدة فى هذا الصدد أنه «يكون المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصيه، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان» (م ٣١١ مدنى). وعلى ذلك فان المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية سواء كانت الحوالة بعوض أم بغير عوض فلا يجوز له أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بحق المحال له، كاستيفاء الحق من المدين، أو رهن الحق للغير، أو حوالته له. ولا فرق فى ذلك بين الأعمال التى يأتيها المحيل قبل انعقاد الحوالة أو بعدها مادام من شأنها تمكين الغير من التعرض للمحال له. كما أنه لا يجوز للمحيل أن يشترط عدم الضمان بالنسبة لأفعاله الشخصية لما ينطوى عليه هذا الشرط من خطر الغش.

- الضمان فى الحوالة بعوض :

يقتصر الضمان القانونى فى هذه الحالة على وجود الحق المحال به وقت الحوالة (م ١/٣٠٨ مدنى). وعلى ذلك فاذا كان الحق موجودا وقت الحوالة فلا يسأل المحيل بعد ذلك ولو زال هذا الحق بعد الحوالة لسبب لا يرجع إلى المحيل، كما لو استكملت مدة التقادم المسقط للحق. فالمحيل يضمن أن الحق قد نشأ صحيحاً وأنه لم ينقض بسبب من أسباب الانقضاء قبل انعقاد الحوالة. ويقف الضمان القانونى عند هذا الحد بحيث لا ينصرف إلى يسار المدين فلا يضمن الدائن المحيل للمحال له قدرة المدين على الوفاء.

لكن كما يكون المحيل ملتزماً بضمان وجود الحق، يكون أيضاً ملتزماً بضمان وجود توابعه التىتنتقل معه، كالتأمينات العينيه والشخصية الضامنة للحق المحال به. والعبره بوجود هذه التأمينات وقت الحوالة ولو انقضت بعد ذلك بسبب لا يرجع إلى المحيل.

- الضمان فى الحوالة بغير عوض :

تقضى المادة ٢/٣٠٨ مدنى بأنه إذا كانت الحوالة بغير عوض «فلا يكون المحيل ضامناً حتى لوجود الحق». ولكن يجب ألا يفهم من ذلك أن المحيل بغير عوض لا يضمن شيئاً للمحال له لا بحكم القانون ولا بموجب الاتفاق، وانما ينبغى الرجوع إلى القواعد العامة فى الضمان بصدد عقود التبرع. ومن ذلك نص المادة ٤٩٤ مدنى وهى تضع القاعدة العامة فى ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب.

وعلى ضوء ذلك فاذا كانت الحوالة هبة محضة لا عوض فيها واستحق الحق المحال به، أو تبين أن الحق غير موجود أصلاً، لم يجب الضمان على المحيل (الواهب) إلا إذا تعمد اخفاء سبب الاستحقاق أو إلا إذا كان عالماً بانعدام الحق المحال به واخفى ذلك غشاً عن المحال له فعند ذلك يقدر القاضى للمحال له (الموهوب له) تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر. وذلك كله طبقاً لنص المادة ٤٩٤ مدنى. ويلاحظ فى هذا الصدد أنه يجب أن يكون هناك ضرر أصاب الموهوب له من جراء استحقاق الحق المحال به أو من جراء انعدامه. كما يجب أن يكون هذا الضرر خسارة ايجابية لحقت الموهوب له لا مجرد فوات الحق وإلا لوجب الضمان دائماً فى التبرعات وجوبه فى المعاوضات[1]- كما أنه «إذا استحق الشئ الموهوب، حل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى» (م٢/٤٩٤ مدنى).

٢ - الضمان الاتفاقى :

أحكام الضمان القانونى ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها فإلى أى حد يستطيع الطرفان تعديل هذه الأحكام ؟

- قد يكون الاتفاق على الزيادة فى أحكام الضمان القانونى :

ففى الحوالة بعوض يتفق المحال له مع المحيل على أن يضمن الأخير يسار المدين (المحال عليه) ولكن هذا الشرط من شأنه التشديد فى أحكام الضمان لذلك يجب ألا يتوسع فى تفسيره. وعلى ذلك فان لم يحدد الوقت الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه، فلا يصرف الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة (م ٢/٣٠٩).

وفى الحوالة بغير عوض أصلاً، يجوز أن يتفق المحيل مع المحال له على أنه فى حالة استحقاق الحق المحال به أو فى حاله انعدامه، يرجع المحال له على المحيل بتعويض عادل حتى ولو كان المحيل يجهل أن الحق المحال به مستحق للغير أو منعدم. لكن لا يجوز الاتفاق على ضمان الاستحقاق حتى لو لم يصيب المحال له أى ضرر حتى لا يكون الاتفاق مصدر ربح غير مشروع للمحال له.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك السنهورى، الوسيط، جـ ٣، فقرة ٢٨٣، ص ٥١٢ وما بعدها.

- **قد يكون الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان القانوني : في الحوالة بعوض،** يجوز الاتفاق مثلاً على أن المحيل لا يضمن خلو الحق من العيوب ، أو أنه لا يضمن توابع الحق . بل يجوز اشتراط عدم الضمان أصلاً ، إلا أن هذا الشرط لا يعفي المحيل من المسئولية عن أفعاله الشخصية (م ٣١١) [1] كماسبق أن رأينا .

وفي الحوالة بغير عوض أصلاً لا يجوز الاتفاق على ألا يكون المحيل مسئولاً عن الضرر الذي يصيب المحال له ، حتى لو تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو أخفى غشاً انعدام الحق . ذلك أنه لا يجوز لشخص أن يشترط عدم المسئولية عن خطئه التقصيري .

ثانياً : مدى ما يرجع به المحال له على المحيل

المبدأ العام عند تحقق الضمان هو أن أقصى ما يلزم به المحيل ، سواء بناء على أحكام الضمان القانوني أو الاتفاقي، رد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات (م ٣١٠ مدني) [2] . وعلى ذلك فإذا كان المحال له قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمة الدين الأسمية ، وهو الغالب فلا يجوز له أن يسترد منه إلا ما دفعه فعلاً كما يرجع علاوة على ذلك بفوائد هذا المبلغ والمصروفات ، وهذه هي مصروفات الحوالة ومصروفات الدعاوى التي رجع بها المحال له على كل من المحال عليه والمحيل .

والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو قطع السبيل على المرابين لأنه لو أبيح الرجوع على المحيل بقيمة الدين الأسمية لتيسر على المرابين الحصول على فوائد ربوية عن طريق شراء حقوق متنازع عليها بأقل من قيمتها الأسمية ، ثم الرجوع بالضمان بعد ذلك بالقيمة الأسمية على المحيل (وهو من اقترض في مقابل الحوالة) في حالة الحكم بعدم ثبوت الحق المحال به .

ويتضح من ذلك أن الحكم الوارد بالمادة ٣١٠ مدني يتعلق بالنظام العام ولذلك نص المشرع على تطبيق هذا الحكم " ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

لكن مما تجدر ملاحظته أن حق المحال له في التعويض في حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقاً للمادة ٣١١ مدني لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضاً عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات ، بل يكون التعويض كاملاً يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضاً التعويض عن أي ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل [3] .

---

(١) نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ ، س ٣٠ ع ، ص ٧٤٦ .

(٢) وهذا الحكم يغاير الحكم الوارد بالمادة ٢٢٦ مدني والذي يجري سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الالتزام مبلغاً من النقود تأخر المدين في الوفاء به أنظر نقض ١٩٦٦/١/١١ س ١٧ ص ٦٥ .

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٩ س ١٨ ص ٣٢٥ ، ١٩٦٧/٣/٢٢ س ٢ ص ٧٣٢ .

المبحث الثانى
علاقة المحال له بالمحال عليه

يختلف مدى هذه العلاقة باختلاف ما إذا كانت الحوالة نافذة فى حق المحال عليه أم أنها غير نافذة. فقبل نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه لا يكون للمحال له إلا علاقة دائنية مستقبلية بالمحال عليه. هذه العلاقة تسمح ببعض آثار محدودة. أما بعد نفاذ الحوالة فى مواجهة المحال عليه يصبح المحال له هو وحده الدائن. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول
قبل نفاذ الحوالة

قبل اعلان الحوالة أو قبولها يبقى المحيل دائناً للمحال عليه، لأن الحوالة لم تنفذ بعدفى حق المحال عليه. أما المحال له ليس له إلا اتخاذ بعض الاجراءات التى يحافظ بها على حقه. أما المحال عليه فيجب أن يمتنع، إذا كان قد علم بالحوالة فعلاً، من أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بحق المحال له.

أولاً : الاجراءات التحفظية التى يتخذها المحال له

يستطيع المحال له، وهو الدائن الجديد، أن يقوم - بعد انعقاد الحوالة وقبل نفاذها فى حق المحال عليه - باتخاذ من الاجراءات التحفظية ما هو واجب للمحافظة على الحق المحال بـه (م ٣٠٦ مدنى). فيجوز للمحال له أن يقوم باتخاذ اجراءات قطع التقادم، كأن يعمد إلى مطالبة المحال عليه منذ البداية مطالبة قضائية مما يحقق له المحافظة على حقه من السقوط ونفاذ الحوالة فى نفس الوقت. كما يجوز للمحال له أن يبادر إلى قيد رهن أو حق امتياز أو حق اختصاص يكفل الحق المحال به، وله أيضاً أن يجدد القيد إذا انتهت المدة القانونية له. بالجملة يستطيع الدائن المحال له أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذى انتقل له.

ثانياً : امتناع المحال عليه من الاضرار بحقوق المحال له

- من الطبيعى أن المحال عليه، قبل نفاذ الحوالة، وإذا كان لا يعلم فعلاً بصدورها، يستطيع أن يعامل المحيل - وهو لا يزال الدائن له - فى شأن الحق المحال به، فيوفيه أياه، أو يجدده معه، أو يستبرئه منه وهكذا. ويكون كذلك الحال بالنسبة لمحال له ثان نفذت حوالته قبل المحال عليه.

اما إذا كان المحال عليه يعلم فعلا بالحوالة الأولى، ولو قبل أن تصبح نافذة، فيكون من واجبه حينئذ أن يمتنع عن اتيان أي عمل ينطوي على غش ويكون من شأنه الاضرار بحقوق المحال له، فليس له ان يوفى الحق المحال به للمحيل غشا وتواطؤا معه. كما ليس له ان يتواطأ غشا مع محال له ثان للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى ... بل أنه يستطيع، قبل نفاذ الحوالة، أن يوفى الحق المحال به للمحال له، ويعتبر هذا الوفاء بمثابة قبول منه للحوالة. كما يستطيع المحال له أن يطالبه بالحق المحال به مطالبة قضائية، وتعتبر هذه المطالبة بمثابة اعلان للحوالة

المطلب الثاني

بعد نفاذ الحوالة

إذا صارت الحوالة نافذة فى حق المحال عليه عن طريق قبوله أو اعلانه بها يصبح المحال له هو الدائن الجديد ويحل محل المحيل، بالنسبة إلى المحال عليه، فى نفس الحق المحال به فى الحالة التى يكون عليها وقت نفاذ الحوالة. وفى مقابل ذلك يكون للمحال عليه التمسك بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة، وكذلك الدفوع المستمدة من عقد الحوالة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً : حلول المحال له محل المحيل

إذا صارت الحوالة نافذة فى حق المدين المحال عليه عن طريق قبوله لها أو اعلانه بها. انتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له، ويصبح المحال له هو الدائن الجديد. وينتقل هذا الحق بالحالة التى كان عليها وقت نفاذ الحوالة.

ويترتب على ذلك أنه قد أصبح المحال عليه ليس له إلا دائن واحد، هو المحال له، الذى يجب أن يوفيه حقه. فلا يجوز له أن يوفى الحق، بعد نفاذ الحوالة، إلى المحيل، وإذا فعل ذلك كان الوفاء غير برئ لذمته، ويستطيع المحال له أن يستوفى الحق منه مرة ثانية، ولا يبقى للمحال عليه إلا الرجوع على المحيل بما دفعه إليه دون حق. كما يجوز للمحال له أن يجبر المحال عليه على الوفاء له بالحق كاملاً، وأن يقضى الحق بأى سبب من أسباب الانقضاء، كالتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء.

علاوة على ذلك لا يستطيع المحيل أن يتصرف في الحق المحال به مرة ثانية، كما لا يجوز أن يوقع أحد دائنى المحيل حجزاً تحفظياً على الحق المحال به تحت يد المحال عليه بعد نفاذ الحوالة. وعلى العكس من ذلك يستطيع المحال له أن

يتصرف بكافة أنواع التصرف في الحق المحال به، ويجوز لدائنيه أن يوقعوا حجزا تحفظياً على الحق تحت يد المحال عليه.

ثانياً : حق المحال عليه في التمسك في مواجهة المحال له بالدفوع التي كانت له قبل المحيل

تنص المادة ٣١٢ على أنه «للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة». ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

فكما ان الحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال له قبل المحال عليه بالصفات والضمانات التي له وقت نفاذ الحوالة، فان للمحال عليه أيضاً أن يتمسك بما يرد على هذا الحق من دفوع.

وعلى ذلك فان المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل المحال له، بالنسبة إلى الحق المحال به، بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة. فاذا كان هناك، في هذا الوقت، دفع يمكن أن يدفع به المطالبة بهذا الحق قبل المحيل، فان المحال عليه أن يتمسك بهذا الدفع قبل المحال له. فيستطيع المدين المحال عليه أن يدفع ببطلان الدين أو انقضائه بأي سبب من أسباب الانقضاء، أو غير ذلك من الدفوع.

ويلاحظ أن الوقت المعتبر في تحديد الدفوع التي يجوز التمسك بها في مواجهة المحال له هو وقت اعلان الحوالة أو قبولها، فكل دفع نشأ سببه قبل هذا الوقت يجوز التمسك به ولو ترتب حكمه فيما بعد. فاذا كان الحق معلقاً على شرط فاسخ، وتحقق الشرط بعد نفاذ الحوالة، كان للمحال عليه التمسك بهذا الدفع قبل المحال له، لأن سبب الدفع كان قائماً وقت نفاذ الحوالة وان ترتب حكمه بعد ذلك. ومع ذلك قد خرج المشرع على هذه القاعدة بالنسبة للدفع باتحاد الذمة والدفع بالمقاصة – فان مات المحيل بعد صدور الحوالة، ولكن قبل نفاذها، وورثة المحال عليه، فانه لا يكون لهذا الأخير أن يدفع مطالبة المحال له بانقضاء الحق باتحاد الذمة وذلك لأن للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التي يمثلها الوارث، أي المحال عليه. كذلك إذا كان هناك حق للمحال عليه في ذمة المحيل بحيث ينقضي الحق المحال به بالمقاصة، ولكن إذا كان المحال عليه قد قبل الحوالة دون تحفظ فانه لا يستطيع أن يدفع مطالبة المحال بالمقاصة كما كان يستطيع دفعها بالدفوع الأخرى وذلك طبقاً لنص المادة ١/٣٦٨ مدني.

المبحث الثالث

علاقة المحال له بالغير

- لا ينتقل الحق المحال به إلى المحال له إلا من وقت نفاذ الحوالة قبل الغير، أى من وقت اعلان المدين بالحوالة أو من وقت أن يصبح قبوله للحوالة ثابت التاريخ.

- ويقصد بالغير هنا كل من يضار بالحوالة نظراً لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به بوصفه لازال فى ذمة المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. فاذا حول الدائن حقه إلى شخصين على التوالى كان لكل منهما غيرا بالنسبة للحوالة الصادرة للآخر. كذلك إذا رهن الدائن حقه ضماناً لدين عليه، كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبة للمحال له. ودائن المحيل الذى يحجز على الحق المحال به تحت يد المحال عليه يعتبر أيضاً من الغير. وعلى ذلك قد يحدث تنازع بين المحال لهم، أو بين المحال له ودائن مرتهن، أو بين محال له ودائن حاجز، فكيف يفض هذا التنازع؟

أولاً : التنازع بين المحال لهم

إذا حول الدائن حقه إلى عدة أشخاص على التعاقب فنازع كل منهم الآخر فى الحق المحال به، فالقاعدة فى هذا الصدد هى تفضيل من أصبحت حوالته قبل غيرها نافذة فى حق الغير، ولو كان انعقادها متأخراً (م ١٢مدنى) على أن هذه القاعدة ليست مطلقه بل يحد منها مبدأ أن الغش يفسد التصرفات، بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثانى للاضرار بحق المحال له الأول، وجب تفضيل الحوالة الأولى ولو كان اعلانها للمدين لاحقاً لقبوله الحوالة الثانية أو اعلانه بها.

- وإذا كان التنازع بين محال له ودائن مرتهن، كانت الأفضلية بينهما على أساس الأسبقية فى النفاذ أيضاً، فاذا كانت الحوالة قد أصبحت نافذة قبل الرهن انتقل الحق إلى المحال له خالياً من الرهن.

ثانياً : التنازع بين المحال له والدائن الحاجز

يعتبر دائن المحيل من الغير، وعلى ذلك لا تنفذ الحوالة فى مواجهته إلا بقبول المدين الثابت التاريخ أو باعلانه بالحوالة. ولا تثور مشكلة التنازع بين المحال له ودائن المحيل الحاجز إذا كان الحجز قد وقع على الحق المحال به تحت يد المدين بعد أن أصبحت الحوالة نافذة، لأن الحق المحال به قد خرج من ذمة المحيل ولم يعد فى الضمان العام لدائنيه ولكن يثور التنازع فى غير ذلك من صور:

١ - إذا تم قبول الحوالة أو اعلانها بعد توقيع الحجز بمعرفة دائن المحيل. فى هذا الفرض يعتبر الحجز صحيحاً لأنه بالنسبة للحاجز لازال الحق المحجوز عليه ثابتاً للمحيل لم ينتقل منه إلى المحال له. لكن إذا كان اتخاذ اجراءات نفاذ الحوالة بعد الحجز لا يترتب عليه انتقال الحق المحال به، إذ تعلق به حق الدائن الحاجز، إلا أن الحوالة تعتبر فى هذه الحالة بالنسبة للدائن الحاجز بمثابة حجز آخر (م ١/٣١٤ مدنى). والقاعدة عند تعدد الحجوز على مال واحد أنه لا أفضلية لحاجز متقدم على حاجز متأخر ، فيقسم الحق المحال به قسمة غرماء بين الحاجز والمحال له.

٢ - إذا وقعت الحوالة بين حجزين أولهما سابق على نفاذ الحوالة وثانيهما تال لنفاذها. فالقاعدة فى هذه الحالة أن «الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة» (م ٢/٣١٤ مدنى). والعلة فى ذلك أن الحوالة غير نافذة فى مواجهة الحاجز المتقدم على حين أنها نافذة فى مواجهة الحاجز المتأخر فيجب ألا يضار المحال له منه. كما أن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم إذ لا محل لتفضيل أحدهما على الآخر.

فاذا فرض أن الحق محل الحجوز والحوالة مقداره ١٢٠٠ ووقع عليه حجز سابق على نفاذ الحوالة بدين قدره ٤٠٠، ثم نفذت حوالة بجزء من الحق قدره ٨٠٠، وأخيراً وقع حجز متأخر بعد نفاذ الحوالة بدين قدره ٤٠٠ فان الحق يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء بنسبة ٤٠٠ : ٨٠٠ : ٤٠٠ أى بنسبة ١ : ٢ : ١.

فيأخذ الحاجز المتقدم $\frac{١٢٠٠ \times ١}{٤}$ = ٣٠٠

ويأخذ المحال له $\frac{١٢٠٠ \times ٢}{٤}$ = ٦٠٠

ويأخذ الحاجز المتأخر $\frac{١٢٠٠ \times ١}{٤}$ = ٣٠٠

ثم يستكمل للمحال له قيمة الحوالة من حصة الحاجز المتأخر فتكون النتيجة أن يحصل الحاجز المتقدم على ٣٠٠ والمحال له على قيمة حوالته كاملة أى ٨٠٠ ويحصل الحاجز المتأخر على ١٠٠.

ملحق – حوالة الحقوق المهنية (قانون ديلى) :

قد ظهر حديثاً شكل جديد لحوالة مبسطة للحقوق من أجل تسهيل حصول المؤسسات على الائتمان اللازم من البنوك. ويعتبر بعض الفقهاء هذه الظاهرة مظهر من مظاهر مصرفة Bancarisation القانون المدنى[1].

وهذا الشكل الجديد للحوالة ليس قاصراً على القانون التجارى فحسب، ولكن يشمل ما يسمى بشكل غامض، بقانون المهنيين. وقد صدر قانون ٢ يناير ١٩٨١ والمسمى بقانون ديلى وهوَ اسم البرلمانى الذى كانت له المبادرة فى تقديمه. وقد تم تعديله بقانون ٤ يناير ١٩٨٤. وقد سهل هذا القانون حوالة ورهن الحقوق الحالية والمستقبلة إذا كانت بهدف ضمان الائتمان الممنوح من البنك للمهنى لممارسة مهنته. وأهم سمة من سمات هذا القانون أن التفرقة بين صحة الحوالة وعدم نفاذها قد اختفت. كما أن الشكلية قد تم تبسيطها مع جعلها أكثر لزوماً. وأهم خصوصية لهذه الحوالة أن الآثار التى تنتج عنه تختلف بحسب إرادة الأطراف.

هذه الحوالة تهدف إلى تسهيل ممارسة المهنى لمهنته من ناحيتين :

١ – يجب أن يكون هدف الائتمان الممنوح هو ممارسة المهنة.

٢ – يجب أن يكون الحق الذى يستخدم كضمان ناشئ عن اعمال المهنة.

تنشأ الحوالة نتيجة الايداع لدى البنك قائمة بالحقوق المهنية**Un bordereau**. وهذه الحوالة تتم إذن فى ورقة شكلية، كالسندات القابلة للتداول.

يجب أن تتضمن هذه القائمة عدة بيانات جوهرية، تعيين الحق، والتاريخ، واسم البنك، وكذلك يجب أن تحدد ما إذا تمت على سبيل الحوالة للحق المهنى Acte de cessíon de créance professionnelle أو على سبيل الرهن للحق المهنى Acte de nantissement de créance professionnelle.

وايداع القائمة لدى البنك كاف ليجعل الحوالة نافذة فى حق الغير اعتباراً من التاريخ الموضح بالقائمة (م ١/٤) ويقصد بالغير فى هذا الخصوص الغير بالمعنى الفنى الدقيق، مثل المحال له الثانى أو دائن المحيل. ولا يشترط فى هذا التاريخ أن يكون ثابتاً لكن فى حالة المنازعة فان صحة التاريخ يمكن أن تثبت بكافة طرق الاثبات.

ولضمان معرفة المدين (المحال عليه) بالحوالة على وجه يقينى وبالتالى منعه من الوفاء بالدين إلى المحيل (الدائن) فانه يجوز للمحال له أن يخطره بالحوالة (م ٢/٤) وهذا الاخطار يمكن أن يتم بأى وسيلة (مرسوم ٩ سبتمبر ١٩٨١ م ١/٢)

(١) انظر Ph. Malaurie, L. Aynès, Les Sûretés, 2ᵉ éd. 1988, n°. 785 p. 561.

بخطاب، حتى ولو عادى، أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك. وهذا يشكل فارقاً ملحوظاً مع حوالة الحق العادية.

علاوة على ذلك، إذا قبل المدين الوفاء للمحال له فإنه يلتزم فى مواجهته، وبالتالى لا يستطيع أن يدفع فى مواجهته بالدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المحيل ما لم يكن المحال له سئ النية، بمعنى أنه قد تصرف عن قصد الاضرار بالمدين وذلك باستلامه القائمة (م ٥) وهذا فارق هام أيضاً يميز هذه الحوالة عن حوالة الحق العادية.

فى العمل قد تم استعمال حوالة الديون المهنية على نطاق واسع بسبب ما تحققه من مزايا عديدة[1].

---

(١) انظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الاشارة إليه، ص ٢٧٤.

الباب الثاني
حوالة الدين

المقصود بحوالة الدين والغرض منها:

حوالة الدين اتفاق به ينتقل عبء الدين بجميع مقوماته من المدين الأصلي إلى شخص آخر. فنجد في حوالة الدين ثلاثة أشخاص. المحيل المدين الأصلي، والمحال عليه وهو المدين الجديد الذي يتحمل الدين، والدائن. والحوالة في صورتها العادية تتم باتفاق بين المدين (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه). لكن توجد صورة أخرى نادرة في الحياة العملية وهي أن تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهو المدين الجديد.

وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع وذلك إذا كان لدى المحال عليه هذه النية. وقد يقصد من الحوالة إقراض المحال عليه للمحيل قيمة الدين الذي تحمله عنه. وأخيراً قد يقصد بها وفاء المحال عليه بدين قد ترتب في ذمته من قبل المحيل.

وقد أحسن المشرع المصري، في التقنين الحالي، صنعاً بتنظيمه لحوالة الدين بجانب تنظيمه لحوالة الحق. وذلك لان حوالة الدين كفيلة بأن تحقق من الاغراض العملية ما يصعب تحقيقه بالالتجاء إلى غيرها من النظم القانونية الاخرى، كالانابة والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير.

خطة الدراسة:

سنتناول في هذا الباب دراسة الصورة العادية والمألوفة لحوالة الدين في فصل أول، ثم نقوم بعد ذلك بدراسة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهي الصورة النادرة للحوالة، في فصل ثان.

الفصل الأول

الصورة العادية لحوالة الدين

الحوالة باتفاق المدين الاصلى والمحال عليه:

يتم انعقاد الحوالة بمجرد اتفاق المدين الاصلى والمحال عليه أى الشخص الذى يتحمل عنه الدين (م ٣١٥). وهذه هى الصورة العادية لحوالة الدين، فكما يتصرف الدائن فى مركزه كدائن عن طريق حوالة الحق، فان المدين يتصرف أيضاً فى مركزه كمدين عن طريق حوالة الدين.

ولذلك ينبغى أن نقف هنا على شروط هذه الحوالة، ثم نعرض بعد ذلك لآثارها.

المبحث الأول

شروط الحوالة

- شروط انعقاد وشروط نفاذ:

حيث أن الحوالة اتفاق بين المحيل والمحال عليه فانها تخضع للقواعد العامة فى انعقاد العقود وصحتها. كما أنها تمس مصلحة شخص آخر وهو الدائن فلذلك يلزم أن تكون هذه الحوالة نافذة فى حقه.

المطلب الأول

شروط الانعقاد

ان حوالة الدين اتفاق، ولذلك يشترط لانعقادها توافر أركان الاتفاق وشروط صحته.

فمن حيث التراضى ينبغى وجود تراض صادر عن ذى أهلية وخال من العيوب.

ومن حيث المحل، فانه ينبغى أن يتوافر فى الدين المحال به الشروط القانونية الواجب توافرها فى المحل طبقاً للقواعد العامة. ومما يجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن الحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، سواء كانت منجزة أو مؤجلة. باتة أو معلقة على شرط، بل يمكن أن ترد على الدين المستقبل.

أما من حيث السبب فانه يجب أن يكون سبب التزام المحال عليه موجوداً، وأن يكون الباعث الدافع عليها مشروعاً.

ولا يشترط القانون شكلاً خاصاً فى حوالة الدين، هذا ما لم يتفق الأطراف على اشتراطه.

المطلب الثاني
شروط النفاذ

- إقرار الدائن للحوالة شرطاً لنفاذها قبله:

إذا كانت حوالة الدين اتفاق بين المدين الأصلي (المحيل) وشخص آخر يتحمل عنه الدين (المحال عليه) إلا أنها تؤثر مباشرة في مصالح الدائن، إذ أنها تؤدي إلى احلال المحال عليه محل المدين الاصلي ومن الثابت أن المدينين يتفاوتون في يسارهم كما أنهم يتفاوتون في حسن القضاء والمطل، كما يقول الحنفية - ولذلك كانت القاعدة أن حوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (م ٣١٦ مدنى). وعلى ذلك لا يكفي اعلان الدائن بحوالة الدين، على عكس الحال في حوالة الحق، حيث يكفي اعلان المدين. فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه لأن تغيير المدين أمر خطير، وانما يبقى الخيار له بين اقرار الحوالة أو رفضها.

ومما يجدر الاشارة إليه في هذا الصدد أن اقرار الدائن للحوالة لا يعتبر قبولاً ينعقد به عقد جديد يرتب آثاره من وقت الاقرار، بل أن هذا الاقرار يرد على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه المدين الاصلي والمحال عليه. غير أنه إذا تم هذا الاقرار استند أثره إلى تاريخ انعقاد الحوالة، ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه في علاقته بالدائن خلفاً خاصاً للمحيل من هذا التاريخ. لكن إذا رفض الدائن الحوالة فانها لا تنفذ في حقه ولا ينتقل الدين بالتالي من المحيل، المدين الأصلي، إلى المحال عليه، بل يظل المحيل ملتزماً بالدين في مواجهة الدائن.

ولا يشترط في اقرار الدائن شكلاً خاصاً بل يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً. ومن صور الاقرار الضمني أن يقبل الدائن من المحال عليه، مع علمه بالحوالة ودون تحفظ، الوفاء ببعض الدين، أو قبضه الفوائد المستحقة منه. ومن ذلك أيضاً أن يطالب الدائن المحال عليه بأداء الدين، أو أن يمنحه أجلاً للوفاء به. كما لا يشترط لصحة الاقرار أن يكون قد سبق اعلان الدائن بالحوالة بل له إذا علم بها أن يقرها ولو لم تكن قد أعلنت إليه بعد.

وليس لاقرار الدائن ميعاد محدد يجب صدوره فيه بل للدائن أن يقر الحوالة في أى وقت بعد انعقادها طالما لم يعدل عنها طرفيها قبل الاقرار، ولم يرفض الدائن الحوالة من قبل. لكن يجوز للمحيل أو المحال عليه، إذا رأى مصلحته تقتضي أن يحدد الدائن موقفه من الحوالة، أن يعانه بها وأن يحدد له اجلاً معقولاً للافصاح عما يعتزمه في شأنها. فإذا انقضى الاجل والدائن باق على سكوته. اعتبر ذلك السكوت رفضاً للحوالة (م ٢/٣١٦ مدنى).

على أن هناك صورة عملية بالغة الأهمية نصت عليها المادة ٣٢٢ مدنى وفيها يعتبر السكوت اقراراً. وهذه الصورة نعرض عند التصرف فى عقار مرهون رهناً رسمياً حيث أن التصرف فى هذا العقار لا يستتبع انتقال الدين المضمون بالرهن إلى المتصرف إليه إلا إذا اتفق على ذلك (م ١/٣٢٢ مدنى). فإذا اتفق البائع والمشترى مثلاً على حوالة الدين وسجل عقد البيع تعين على الدائن طبقاً للمادة ٣/٣٢٢ مدنى «متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته اقراراً». وتتميز هذه الصورة الخاصة من الحوالة بعدة أمور أولها أن المشرع حدد الاجل الذى يجب على الدائن أن يفصح فيه عن موقفه من الحوالة بستة أشهر تبدأ من تاريخ الاعلان إذا وقع بعد تسجيل عقد بيع العقار المرهون ومن تاريخ التسجيل إذا تم الاعلان قبل هذا التسجيل. ثانيهما، يجب أن يكون الاعلان رسمياً، أى على يد محضر، وإلا كان عديم الأثر.

والعلة من هذا النص هو الموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن فالمشرع أراد بالنص على اعتبار سكوت الدائن فى هذه الحالة اقراراً لا رفضاً للحوالة. أن ييسر للمدين الأصلى سبيل التخلص من الدين بعد أن انتقلت ملكية العقار المرهون ضماناً لهذا الدين وذلك لتجتمع المسئولية الشخصية والعينية فى شخص المشترى. كما أن المشرع لم يهدر مصلحة الدائن إذ يستطيع أن يمنع هذا الانتقال ويستبقى مدينه الأصلى مسئولاً شخصياً عن الدين بأن يرفض الحوالة، لكن إذا سكت الدائن بعد اعلانه بالحوالة إلى أن انقضى ميعاد الستة الأشهر، كان هذا السكوت اقراراً للحوالة لا رفضاً لها.

المبحث الثانى
آثار الحوالة

لدراسة آثار الحوالة يجب أن نفرق بين علاقات ثلاث: علاقة المدين الأصلى (المحيل) بالمحال عليه، وعلاقة الدائن بالمحال عليه، وأخيراً علاقة الدائن بالمدين الأصلى.

المطلب الاول
علاقة المحيل بالمحال عليه

تترجم هذه العلاقة آثار اتفاق الحوالة بين طرفيه، المدين الأصلى (المحيل) والمحال عليه. وهذه الآثار تتحدد وفقاً لما يتراءى للطرفين. فقد يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلا إذا أقرها الدائن، أو أن يشترطا اقتصار الحوالة على انشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن.

فإذا سكت الطرفان عن تنظيم تلك الآثار وجب الرجوع إلى القواعد المكملة لارادتهما والواردة فى هذا الصدد. وعلى ضوء هذه القواعد نجد أن آثار الحوالة بين طرفيها تختلف بحسب موقف الدائن منها.

أولاً: قبل اقرار الدائن للحوالة وعند الرفض:

المبدأ أن الحوالة لا تكون نافذة قبل الدائن طالما أنه لم يقرها ومن باب أولى إذا كان قد رفضها. ويترتب على ذلك أن يكون المدين الأصلى هو المسئول أمامه عن الدين. هذا فيما يتعلق بالدائن، أما بالنسبة لطرفى الحوالة فانه بمجرد انعقادها صحيحة فانها تكون نافذة فيما بينهما، وهى لذلك تنشئ التزاماً فى ذمة المحال عليه قبل المحيل. وهذا ما نصت عليها المادة ١/٣١٧ مدنى بقولها «أن المحال عليه (يكون) ملزماً قبل المدين الأصلى بالوفاء للدائن فى الوقت المناسب». والوقت المناسب هو عادة وقت حلول الدين المحال به، لكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يكون الوقت المناسب غير ذلك، كان يكون وقت مطالبة الدائن للمدين الاصلى بالدين. وعند عدم الاتفاق على شئ من ذلك فان جوهر التزام المحال عليه هو أن يدرأ عن المدين الأصلى مطالبة الدائن له، بوفائه الدين للدائن، أو على الأقل تسليم مقدار الدين للمدين الأصلى ليقوم هذا بنفسه بالوفاء لدائنه.

فإذا لم يقم المحال عليه بالتزامه هذا، كان للمدين الاصلى أن يرجع عليه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة. هذا مع ملاحظة أنه «لا يجوز للمدين الاصلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن ما دام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه

بمقتضى عقد الحوالة» (م ٢/٣١٧ مدنى)، فقد يكون المحال عليه قد اشترط على المدين الاصلى مقابلاً لتحمله بالدين عنه. فإذا كان المدين لم يؤد هذا المقابل كان للمحال عليه، إذ طالبه المدين بتنفيذ التزامه بالوفاء للدائن، أن يدفع بعدم التنفيذ طبقاً للقاعدة العامة فى العقود الملزمة للجانبين.

ثانياً: بعد اقرار الدائن للحوالة:

بعد اقرار الدائن للحوالة تصبح هذه الحوالة نافذة فى حقه ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه ملتزماً نحو الدائن بالدين المحال به، وتبرأ ذمة المدين الاصلى. وينعكس ذلك على العلاقة بين المدين الاصلى والمحال عليه، إذ يعتبر المحال عليه قد أدى للمدين الاصلى ما يعادل قيمة الدين الذى تحمله عنه منذ برئت ذمته من الدين، أى منذ أصبحت الحوالة نافذة فى حق الدائن.

ولتحديد القواعد التى تحكم العلاقة بين المحال عليه والمدين الاصلى يجب الوقوف على الغرض المقصود من الحوالة. فقد يكون الغرض من تحمل المحال عليه تبعة الدين هو اقراض المدين الاصلى ما يعادل مبلغ الدين. ففى هذه الحالة يرجع المحال عليه على المدين الاصلى بما أقرضه طبقاً لشروط القرض الذى تم بينهما. وقد يكون القصد من ذلك وفاء المحال عليه بدين للمدين الاصلى ترتب فى ذمته قبله كثمن لم يتم أداؤه، ففى هذه الحالة تبرأ ذمة المحال عليه من الثمن بمجرد قيام الدين فى ذمته للدائن وقبل الوفاء بهذا الدين. وقد يكون القصد من ذلك أن يتبرع المحال عليه للمدين الاصلى بقيمة الدين الذى تحمل عنه به، ففى هذه الحالة تكون العلاقة بينهما علاقة تبرع تطبق فى خصومها القواعد العامة فى التبرع.

المطلب الثانى
علاقة الدائن بالمحال عليه

تختلف هذه العلاقة قبل اقرار الحوالة عنها بعد اقرارها.

أولاً: قبل اقرار الحوالة

قبل اقرار الحوالة، ليس للدائن أى حق قبل المحال عليه وعلى ذلك فقبل هذا الاقرار يكون لطرفى الحوالة أن يعدلا فيها أو يعدلا عنها. أما بعد الاقرار فلا مجال للتعديل أو العدول ويكون للدائن أن يتمسك بالحوالة كما هى. ولكن لكى ينتج هذا الاقرار، كتعبير للارادة، أثره القانونى يجب أن يتصل بعلم من وجه إليه، المدين الأصلى أو المحال عليه، وذلك طبقاً للقواعد العامة (م ٢٩١ مدنى).

ثانياً: بعد اقرار الحوالة

اذا أقر الدائن الحوالة وتصل هذا الاقرار بعلم من وجه إليه، انتقل ذات الدين من المدين الاصلى إلى المحال عليه، ويصبح المحال عليه مديناً بنفس الدين قبل الدائن.

وعلى ذلك فحوالة الدين لا تنشئ دينا جديداً على عاتق المحال عليه. ويترتب على انتقال نفس الدين من المدين الاصلى إلى المحال عليه النتائج الآتية:

١- التزام المحال عليه يبقى محتفظاً بالصفات التى كانت لدين المدين الاصلى. فمثلا إذا كان هذا الدين تجارياً بقى كذلك بالنسبة للمحال عليه.

٢- تبقى للدين المحال به ضماناته (م ١/٣١٨ مدنى) دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك. وتسرى هذه القاعدة على التأمينات العينية التى تقررت من جهة المدين الاصلى. أما إذا كان المدين مضمونا بكفالة شخصية أو عينية، فان الكفيل لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضى بالحوالة (م ٢/٣١٨ مدنى). ذلك أن الكفالة عقد يقوم على ثقة الكفيل فى المدين الذى يضمنه.

٣- ويترتب على انتقال الدين ذاته إلى المحال عليه، أن يكون لهذا الاخير أن يتمسك بجميع الدفوع التى كان للمدين الاصلى أن يتمسك بها. كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة (م ٣٢٠ مدنى).

والدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها هى الدفوع المتعلقة بالدين المحال به، كالدفع بالبطلان أو الابطال، وكالدفع بانقضاء الدين بأى سبب من أسباب الانقضاء، على أنه يلاحظ فيما يتعلق بالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به ودين على الدائن للمدين الاصلى، أنه إذا كان المدين الاصلى يعلم وقت الحوالة بأن له دينا على دائنه، فان اقدامه على الحوالة، رغم علمه يفيد نزوله عن التمسك بالمقاصة، فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها.

وكذلك للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة، كالدفع ببطلان أو ابطال الحوالة.

وأخيراً للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع الخاصة بشخصه كالدفع بالمقاصة بين حق له على الدائن والدين المحال به. أما الدفوع الخاصة بشخص المحيل فلا يجوز له التمسك بها.

المطلب الثالث
علاقة الدائن بالمحيل

قبل اقرار الدائن للحوالة يبقى المدين الاصلى ملزماً بالدين، ويجوز للدائن أن يطالبه بأداء الدين رغم الحوالة.

أما بعد اقرار الحوالة فان المدين الاصلى تبرأ ذمته من الدين، ويصبح المحال عليه مديناً به.

ولكن الغالب أن الدائن ما كان يقر الحوالة، وبالتالى ابراء ذمة المدين الاصلى، إلا إذا وثق من يسار المحال عليه. ولذلك نصت المادة ٣١٩ مدنى على أنه «يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موسراً وقت اقرار الدائن الحوالة، ما لم يتفق على غير ذلك» ومفاد ذلك أن براءة ذمة المدين الاصلى قبل الدائن براءة نهائية معقودة بيسار المحال عليه وقت اقرار الدائن للحوالة. وعلى ذلك إذا كان المحال عليه معسراً فى ذلك الوقت، وكان الدائن يجهل هذا الاعسار فلا تبرأ ذمة المدين الاصلى.

هذه القاعدة غير متعلقة بالنظام العام إذ يجوز الاتفاق على عكسها، فيجوز أن يبرئ الدائن ذمة المدين الاصلى نهائياً بالرغم من اعسار المحال عليه. بل ويعتبر الدائن قد أعفى مدينه الاصلى من ضمان يسار المحال عليه، إذا كان عالماً وقت الاقرار باعسار هذا الاخير.



الفصل الثانى

الصورة الخاصة بحوالة المدين

- الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه:

إذا كان الغالب المألوف أن تنعقد الحوالة باتفاق بين المدين والمحال عليه، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تنعقد باتفاق الدائن والمحال عليه (م ٣٢١ مدنى). ولا يشترط فى هذه الحالة رضاء المدين، فالحوالة تنعقد سواء أقرها المدين أو مانع فيها وذلك راجع إلى أن القاعدة أن الوفاء يجوز من غير المدين ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته.

وبالنسبة لانعقاد الحوالة وصحتها فى هذه الصورة فانها تخضع للقواعد العامة ولا يوجد جديد فى هذا الصدد.

وبالنسبة لآثار الحوالة فى هذه الصورة فانه يترتب على الحوالة بالاضافة إلى براءة ذمة المدين الأصلى، أن ينتقل الدين ذاته إلى المحال عليه بصفاته وضماناته ودفوعه، كما هو الحال فى الحوالة فى صورتها العادية (م ٢/٣٢١ مدنى).

أما بالنسبة إلى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليه، فانه بمجرد انعقاد الحوالة بين المحال عليه والدائن يعتبر أن المحال عليه قد أدى إلى المدين الاصلى ما يعادل قيمة الدين المحال به. فان لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة للمدين الاصلى، كان له الرجوع عليه بها.



الباب الثالث

التنازل عن العقد[1]

مقدمة:

نتيجة التطور الاقتصادى الهائل فى العصر الحديث وما عاصره من ظهور أهمية القيم المنقولة قد أدى ذلك إلى تطور فى الوسائل القانونية لتستجيب إلى هذه الأوضاع القانونية المستجدة التى أفرزها هذا التطور. ومن أهم مظاهر هذا التطور فى المجال القانونى فكرة التنازل عن العقد. فظهر فى الحياة العملية التنازل عن عقد الايجار، وعقد التوريد، وعقد التأمين، وعقد العمل، وحصص الشركات، وعقد المقاولة. كما ظهر فى العمل فكرة تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر وما يتضمن ذلك من تنازل متبادل عن عقود الايجار، وكذلك التنازل عن عقد شراء وحدة سكنية تحت التشطيب، والتنازل عن عقد شراء سيارة محجوزة، أو سفينة أو طائرة تحت التشطيب. وإلى جانب ذلك نجد أن هناك تنازل عن العقد بالتبعية للتصرف فى العقار، وذلك كالتنازل عن عقد القرض المضمون برهن، وعقد التأمين على العقار، وعقود الإيجار المتعلقة بالعقار، وعقد المرتب مدى الحياة، وكذلك انتقال عقد الايجار بالتبيعية لبيع المحل التجارى وما إلى ذلك مما تعج به الحياة العملية.

فالتنازل عن العقد أصبح حقيقة واقعة فى قانونا الوضعى، وبالرغم من ذلك فانه لا توجد قواعد قانونية عامة تنظمه[2] وإن كان المشرع يتدخل من حين إلى آخر ليضع نظاماً قانونياً خاصاً بالتنازل عن عقد معين.

والتنازل عن العقد يثير الكثير من المشاكل مما يستلزم معه البحث عن مدى ملائمة القواعد العامة القائمة فى تنظيمه. وقد جرى الفقه فى كل من فرنسا ومصر على أن التنازل لا يعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد، وبالتالى كفاية القواعد العامة الواردة فى هذا الصدد لتحكم التنازل عن العقد. وقد أثبتت الحياة العملية قصور هذه الفكرة. كما أن الدراسات الحديثة التى كرست لبحث هذا الموضوع فى الأوانه الأخيره دلت أيضاً علىعدم كفاية هذه القواعد لتحكم التنازل عن العقد[3].

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا فى التنازل عن العقد، منشأة المعارف ١٩٨٥.

(٢) وقد اهتمت بعض التقنينات بتنظيم التنازل عن العقد بقواعد عامة من ذلك التقنين المدنى الايطالى فى المواد من ٤٠٦ إلى ١٤١٠، والتقنين المدنى البرتغالى فى المواد من ٤٢٤ إلى ٤٢٧.

(٣) انظر بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١٥ هامش ١٨.

ولذلك كرسنا هذا الباب لدراسة التنازل عن العقد لعرض خلاصة ما إنتهت إليه هذه الدراسات الحديثة.

- خطة الدراسة

لدراسة التنازل عن العقد سنعرض فى الفصل الأول لفكرة التنازل، وفى الفصل الثانى لأحكام التنازل.

الفصل الأول
فكرة التنازل عن العقد

سنعرض فى هذا الصدد للتعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية، ثم نتولى بعد ذلك تمييزه عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية.

المبحث الأول
التعريف بالتنازل عن العقد وتحديد طبيعته القانونية

فى هذا المجال يجب أولاً أن نعرض لحالات التنازل، ثم نحاول تصنيفها ليتسنى لنا بعد ذلك تحليل عملية التنازل فى ذاتها للوقوف فى النهاية على الطبيعة القانونية لهذه العملية.

المطلب الأول
عرض وتصنيف حالات التنازل

وحيث أن حالات التنازل عن العقد تتنوع وتتعدد، فانه يجب عمل إستقصاء لها فى مجال القانون الخاص حتى يتسنى لنا بعد ذلك تصنيفها.

أولاً: عرض لحالات التنازل

قد ظهر فى الحياة العملية العديد من حالات التنازل عن العقد، لكن لم يكن ذلك نتيجة لدراسة سابقة أو تطبيق لنظام قانونى معد سلفا وإنما ظهر هذا التنازل ليستجيب، لمتطلبات معينة فرضتها الظروف الاقتصادية أو الاعتبارات القانونية.

– **فى مجال القانون المدنى**: سنعرض لبعض صور التنازل عن العقد التى ظهرت فى هذا المجال.

– **عقد التوريد**: مثال ذلك أن مؤسسة زراعية قامت بابرام عقد مع إحدى شركات صناعة المعلبات تلتزم بمقتضاه بتوريد منتجاتها الزراعية وذلك خلال مدة طويلة، ثم اقتضت الظروف التصرف في المؤسسة الزراعية أثناء تنفيذ العقد، أليس من المناسب فى هده الحالة أن يتم التنازل أيضاً عن عقد التوريد بحيث يصبح المتصرف إليه مستفيداً من هذا العقد وملتزماً به فى نفس الوقت، أى أنه يحل محل البائع بحيث يصبح عقد التوريد، عندئذ، ملزماً للشركة الصناعية (المتنازل لديها) والمتصرف إليه المالك الجديد للمؤسسة الزراعية (المتنازل له) وبذلك يتحقق إستقرار الر ط العقدية ويسر فى التعامل.

- عقد بيع مقترن بقرض: ومثال ذلك أن يشترى شخص عقاراً دون أن يكون معه رأس المال الكافى لتمويل هذا الشراء، فيضطر إلى الاقتراض من أحد البنوك لدفع الثمن البائع. فى هذه العملية نجد أن الأمر يتعلق بعقد بيع فورى، إلى جانب عقد آخر متميز عنه - وإن كان مقترنا به - وهو عقد القرض. أما من الناحية الواقعية فهو لا يعدو أن يكون عقد شراء بالأجل، فعن طريق القرض، إستطاع المشترى أن يجعل عبء تمويل شرائه مؤجل، أى أنه إستفاد - فى علاقته بالبنك - بأجل معين فى سداد هذا المبلغ.

والمشكلة تتلخص فى أن المشترى إذا ما أراد أن يبيع هذا العقار فإنه سيبحث عن شخص يشترى العقار وفى نفس الوقت يأخذ على عاتقه الوفاء بالقرض. وهذا يعنى أنه سيتعاصر مع عقد البيع تنازل عن عقد القرض. فيصبح عقد القرض من الآن قصاعداً بين المتصرف إليه (المتنازل له) والمقرض (المتنازل لديه) وخاصة وأن العقار يكون مثقلا برهن رسمى لصالح المقرض.

ولأهمية هذه المسألة جاء المشرع المصرى بنص خاص لتنظيمها. فقد نصت المادة ٣٢٢ مدنى على أنه «١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهناً رسمياً إنتقال الدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك» «٢- فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، وسجل عقد البيع، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى إعتبر سكوته إقراراً»[1].

ويتضح من هذا النص أن التنازل عن عقد القرض ينعقد بمجرد التراضى بين المتنازل (البائع) والمتنازل له (المتصرف إليه) وذلك قبل إقرار الدائن له. فالاقرار الذى يصدر من الدائن إنما يلحق عقداً كامل التكوين، لا يساهم الاقرار فى تكوينه، بل كل ماله من أثر هو أن يجعل هذا العقد نافذاً فى حق المتنازل لديه (الدائن). ومن ثم لا يعتبر الاقرار قبولا ينتج أثره من وقت صدوره، بل هو إقرار لاحق لاتفاق تم من قبل، فيكون له أثر رجعى يستند إلى وقت إنعقاد التنازل لا إلى وقت صدور الاقرار.

ومتى صدر إقرار الدائن (المتنازل لديه) على النحو الذى سبق بيانه، أصبح التنازل نافذاً فى حقه وانتقل عقد القرض بما رتبه من حقوق وما ينشئه من التزامات من المتنازل (المتصرف) إلى المتنازل له (المتصرف إليه) ويترتب على التنازل النتائج الآتية:

١- براءة ذمة المدين الأصلى المتصرف (المتنازل).
٢- يحل محله فيما له من حقوق وما عليه من التزامات المتصرف إليه (المتنازل له).
٣- تبقى التأمينات العينية ضامنة للوفاء بالدين (القرض).

---

(١) انظر حكم هذه المسألة فى القانون الفرنسى بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٢٣ وما بعدها.

كما أن الدين ينتقل بكل صفاته ودفوعه ودعاويه

اما إذا رفض الدائن (المقرض) إقرار التنازل عن العقد، فى هذه الحالة لا يكون التنازل نافذاً فى حقه، وبالتالى لا تترتب الآثار السابقة بحيث يبقى المدين الأصلى ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً ويصبح المتصرف إليه مسئولاً عينياً عن الدين، بإعتباره حائزاً، ولا تتحقق الفوائد العملية المبتغاه من التنازل. ولهذا السبب رأينا المشرع قد توسع فى حالات إقرار الدائن للتنازل فى هذه الحالة علي خلاف القواعد العامة إذ اعتبر سكوته - بعد انقضاء ستة أشهر من إعلانه - إقراراً للتنازل لا رفضاً له.

- **بيع عقار تحت التشطيب**: ومثال ذلك أن يقوم شخص بشراء وبناء لم يكتمل بعد، وينبغى الانتهاء من بنائه خلال فترة معينة. وقبل أن يتم البناء يتنازل المشترى عن عقده[1] وقد يرجع ذلك لأسباب مختلفة، كما لو أنه لم يحسن تقدير نطاق التزاماته بالمقارنة لموارده، أو أنه قد حدث تغيير فى حياته العائلية أو المهنية وما إلى غير ذلك من أسباب.

والأمر هنا يتعلق بالتنازل عن عقد ملزم للجانبين، حيث يوجد التزامات متقابلة، فالمشترى ينبغى عليه أن يدفع الثمن، والمتعاقد الآخر (وهو هنا المقاول وفى نفس الوقت البائع) ينبغى عليه أن يتم البناء ويقوم بتسليمه[2].

- **عقد شراء السيارة المحجوزة**: وتتلخص هذه الحالة فى أنه فى حالة زيادة الطلب على العرض فى بعض السلع، مثل السيارات، فان شركات بيع السيارات تلجأ إلى البيع عن طريق الحجز، وتقصر مدة الحجز أو تطول بحسب تناسب العرض مع الطلب أو تفاوته. وفى أثناء فترة الحجز قد يعن للمشترى أن يبيع السيارة المحجوزة بسبب أو لآخر. وبيع السيارة المحجوزة لا يعدو أن يكون تنازلاً عن عقد الشراء بما يتضمنه من حقوق والتزامات. وعلى ذلك يحل المتنازل له محل المشترى (المتنازل) فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى مواجهة البائع (المتنازل لديه) بما فى ذلك من أولوية في الحجز. وهذه الصورة من التنازل شائعة فى الحياة العملية لكن يبقى التساؤل قائماً ما هى القواعد التى تحكم هذا التنازل؟

تجيب محكمة النقض المصرية على ذلك بقولها «بأن الأمر يتعلق بحوالة حق. وبالتالى يجوز حوالة الحقوق الناشئة عن طلب حجز السيارة. وينتقل الحق المحال به بمجرد إنعقاد الحوالة».

---

(١) إذا تم التنازل عن العقد بعد تمام البناء فاننا نكون بصدد الفرض السابق والمتعلق ببيع العقار المقترن بعقد قرض.

(٢) انظر فى طبيعة هذا العقد والحقوق والالتزامات الناشئة عنه بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٣١ وما بعدها.

«إذا كان طلب حجز السيارة المقدم من الطاعنة قد انشأ لها حقاً قبل الشركة الموزعة من شأنه أن يجعل لها أسبقية عن الحجوز التالية، بحيث يكون حقها شراء السيارة عند موافقة الشركة المنتجة على طلبها، وكذلك استرداد مقدم الثمن الذى دفعته بموجب إيصال الحجز فى حالة عدم موافقة الشركة المذكورة على الطلب أو عدولها هى عنه، كما أن لها الحق فى الرجوع على الشركة الموزعة بالتعويض إذا هى رفضت تسليمها السيارة رغم قبول الشركة المنتجة للطلب. وهى جميعها حقوق يصح ان تكون محلاً للتعامل وتقبل التنازل عنها بطريق حوالة الحق».

«ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الاتفاق تضمن تنازل الطاعنة للمطعون عليه عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها وأن المطعون عليه يصبح مالكاً لها عند إستلامها من الشركة، فان الاتفاق على هذه الصورة هو حواله حق وبمقتضاه ينتقل الحق المحال به من الطاعنه إلى المطعون عليه بمجرد إنعقاد الحوالة دون نظر إلى نفاذها فى حق الشركة المنتجة وهى المحال عليها ولا يغير من ذلك أن الحق فى شراء السيارة لم يوجد بعد عند ابرام الاتفاق أو أنه معلق على شرط قبول الشركة المنتجة لطلب الحجز لأنه يجوز حوالة الحق المعلق على شرط والحق المستقبل»[1].

وواضح من هذا الحكم أن محكمة النقض لم تقطع بتكييف قانونى معين بالنسبة «لطلب الحجز». كما أن المحكمة اعتبرت أن هذا الاتفاق تتضمن تنازل عن طلب حجز السيارة وعن السيارة ذاتها ثم لجأت المحكمة إلى تطبيق قواعد حوالة الحق على هذا التنازل.

ويلاحظ على هذا الحكم ما يلى، أولاً، أن المحكمة لم تفصح عن مصير التزامات الحاجز قبل الشركة، هل تبقى على عاتقه رغم حواله حقوقه؟؟ أما أنها تنتقل هى الأخرى إلى المتنازل له؟ وإذا كان الأمر كذلك فطبقاً لأى نظام قانونى؟؟! ثانياً: هل يجوز الفصل بين الحقوق والالتزامات فى إتفاق يشكل وحدة واحدة». ثالثاً: على فرض أن الالتزامات قد إنتقلت أيضاً إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين، فهل تبرأ ذمة المتنازل بمجرد التنازل أم أنه يبقى مسئولاً أمام الشركة إلى جانب المتنازل له؟ وفى هذه الحالة هل ينبغى إتباع إجراءات حوالة الدين أيضا؟؟ وإذا كان الأمر كذلك كيف يتم التوفيق بينها وبين اجراءات حوالة الحق؟؟. رابعاً: على فرض أن الالتزامات قد انتقلت أيضاً إلى المتنازل له فهل يعتبر المتنازل فى هذه الحالة مديناً أصلياً إلى جانب المدين الجديد وبالتالى يكون للشركة مدينان؟؟ وإذا كان الأمر كذلك فطبقاً لأى نظام قانونى؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟ وما هو مصدر هذا

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٧٣٢

التضامن؟ وإن لم يكن الأمر كذلك فهل يعتبر المتنازل هنا ضامن للمتنازل له فى تنفيذ التزامه؟ فإذا كانت الاجابة بالايجاب فما هو مركز هذا الضامن؟ هل هو كفيل؟ أم أنه يقع عليه مجرد التزام بالضمان؟؟ وما هو مصدر هذا الالتزام؟

هذه السلسلة من التساؤلات تكشف بجلاء عن قصور فكرة الحوالة عند تطبيقها على التنازل عن العقد. كما أن هذه التساؤلات تكشف أيضاً بوضوح عن تعقد مشكلة التنازل عن العقد.

ومما تجدر الاشارة إليه أن ما يصدق على حجز السيارة يصدق على حجز أى نوع من السلع المعمرة أو غيرها.

- فى هذا الصدد نجد أنه يتحقق للمتنازل فائدة مزدوجة فى أن يتنازل عن العقد عن أن يعيد بيع هذه السلع:

أولاً: فى حالة إعادة بيع السلع التى لم تسلم بعد، قد يتعرض المشترى لمخاطر عدم التنفيذ من جانب البائع مما يؤدى إلى عجزه عن تنفيذ التزامه هو بتسليم السلعة ويكون نتيجة ذلك أن يلتزم بتسليم المتصرف إليه السلعة على نفقته الخاصة. وذلك لأن عدم تنفيذ البائع لا يعتبر سبباً أجنبياً يعفيه من مسئوليته فى مواجهة المتصرف إليه. بينما العكس من ذلك حالة التنازل عن العقد حيث أن المتنازل لا يلتزم بضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه.

ثانياً: فى حالة إعادة بيع السلع التى لم تسلم بعد يكون البائع ضامناً للعيوب الخفية فى السلعة المبيعة بينما فى التنازل عن العقد لا يكون المتنازل ضامناً لهذه العيوب فى السلعة التى ستسلم من المتنازل لديه إلى المتنازل له. ففى التنازل عن العقد لا يضمن المتنازل إلا وجود العقد المتنازل عنه وصحته وقابليته للتنازل وهذا ما يؤكد أن التنازل لا يعتبر مجرد بيع عادى كما يعتقد كثير من الفقهاء.

- **بيع المصنع أو المتجر وابقاء الايجار للمشترى:** تنص المادة ٥٩٤/٢ مدنى على أنه «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز المحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بابقاء الايجار إذا قدم المشترى ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

يتضح من ذلك أن القانون يبيح للمستأجر أن يتنازل عن الايجار لغيره بالرغم من وجود الشرط المانع، وبالرغم من عدم تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحة أو ضمناً لأن شراء المصنع أو المتجر دون بقائه فى العقار الذى انشئ فيه

يعرض المشترى لخسارة كثير من عملاء المصنع أو المتجر واستجابة لهذه الاعتبارات العملية أجاز القانون للمستاجر أن يتنازل عن الايجار للمشترى. رغم وجود شرط مانع، إذا كان هناك ضرورة ملجئة لذلك، وإذا لم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق وقدم المشترى ضمانا كافيا[1].

وجاء القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لينظم بيع الجدك واجراءاته[2]

علاوة على ذلك نجد أن القانون المدنى حافل بكثير من تطبيقات التنازل عن العقد، منها على سبيل المثال لا الحصر، التنازل عن عقد المقاوله، وعن عقد الوعد بالبيع، وعن عقد الوكالة، وغير ذلك من حالات التنازل.

– فى قانون الايجار: نجد أنه حافل بالكثير من حالات التنازل، من قبيل ذلك بقاء عقود الايجار بالرغم من التصرف فى العقار الموجر طبقاً لنص المادة ٦٠٤ من القانون المدنى والمادة ٣٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ويستفاد من هذه النصوص أن هناك تنازل عن عقود الايجار من المالك القديم إلى المالك الجديد قد فرضه القانون وذلك لأن نفس عقد الايجار بما يرتبه من حقوق والتزامات هو الذى يستمر ويحكم العلاقة فما بين المالك الجديد والمستأجر[3].

وهذا يعتبر مثلاً واضحاً للتنازل القانونى عن العقد حيث أن هذا التنازل لم يكن موضوعاً مباشراً لأى إتفاق وانما فرضه القانون بالتبعية لتصرف آخر وذلك لتحقيق نوع من استقرار الروابط العقدية بالنسبة للمستأجرين. وحسب التعبير المستعمل فى القانونى الايطالى أن المركز التعاقدى لم ينتقل نتيجة اتفاق الطرفين وإنما تم بقوة القانون.

وايضاً تبادل الوحدات السكنية بين مستأجر وآخر والذى نظمته المادة ٣/٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧[4] وغير ذلك من حالات التنازل التى استخلصناها من نصوص قوانين الايجار المختلفة[5].

---

(١) انظر تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٣٨ وبصفة خاصة الأحكام الواردة فى هامش ١٩
(٢) انظر المرجع السابق ص ٣٨، ٣٩.
(٣) وهذا النص له ما يماثله فى تشريعات كثير من الدول أنظر على سبيل المثال نص المادة ١٧٤٣ مدنى فرنسى، ونص المادة ٥٧١ منه التقنين المدنى الالمانى، والمادة ٢٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى.
(٤) قارن نص المادة ٧٩ من قانون أول ديسمبر ١٩٤٨ فى فرنسا وقد حكمت المحكمة الدستورية العليا فى اوائل اكتوبر ١٩٩٧ بعدم دستوريته وانظر فى دراسة تفصيلية لذلك مؤلفنا فى العقود المسماة، الجزء الثانى الايجار، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٨ ص ١٦٩ وما بعدها، وكذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٤١ وما بعدها.
(٥) انظر بحثنا السابق الاشارة ص ٤٤ وما بعدها.

- وبالمثل فى قانون العمل حيث تنص المادة ٢/٩ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ على أنه «فيما عدا حالات التصفية والافلاس والاغلاق النهائى المرخص فيه يظل عقد استخدام عمال المنشأة قائماً ويكون الخلف مسئولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة».

ويتضح من هذا النص أن هناك تنازل بقوة القانون عن عقود العمل الفردية فى حالة إنتقال المنشأة بالبيع أو الهبة أو الوصية أو الادماج أو النزول أو الايجار أو غير ذلك من التصرفات (م ١/٩ من نفس القانون)[١].

- فى قانون التأمين نجد أنه فى حالة التصرف فى الشئ المؤمن عليه فان عقد التأمين يستمر بقوة القانون لمصلحة المتصرف إليه الذى سوف يحل محل المؤمن فى هذا العقد. وعلى ذلك يصبح المتصرف إليه ملتزماً بتنفيذ ما ينشأ عن هذا العقد من التزامات فى مقابل الاستفادة بما ينشأ عنه من حقوق. ولا يجوز الاتفاق على عدم الانتقال وإن كان يمكن لأى من الطرفين فسخ العقد.

ويترتب على هذا الانتقال براءة ذمة المؤمن الأول من الاقساط المستحقه، كما أنه لا يعتبر ضامناً من الوقت الذى يخطر فيه المؤمن لديه بخطاب موصى عليه بالتصرف فى الشئ المؤمن عليه.

وفى هذه الحالة نجد أن هناك تنازل عن عقد التأمين بما ينشأ عنه من حقوق والتزامات بالتبعية للتصرف فى الشئ المؤمن عليه ولكن يشترط اخطار شركة التأمين بالتصرف، وذلك حتى يتم براءة ذمة المتنازل مع امكانية الفسخ لكل من الطرفين[٢].

فى القانون التجارى: هناك حالات كثيرة للتنازل عن العقد[٣] وعلى سبيل المثال هناك التنازل عن عقد شراء السفينة أو الطائرة تحت التشطيب[٤].

فى القانون الزراعى نجد أيضاً العديد من الأمثلة للتنازل عن العقد[٥].

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى
art. L. 122. 12 - al. 2. Code de travail.

(٢) انظر فى القانون الفرنسى،
drt. L. 121- 10 al. 1er du Code des assurances.
وانظر فى مصر السنهورى الوسيط، جـ ٣ فقرة ٣٠٧ ص ٥٥٤.

(٣) انظر بحثنا السابق الاشارة وبصفة خاصة هامش ٤٠ ص ٥٩.

(٤) انظر فى تفصيل هذا المثال بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٥٩ وما بعدها.

(٥) انظر بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٦٠ وما بعدها.

ثانيا: محاولة التصنيف حالات التنازل عن العقد

على ضوء الأمثلة السابق بيانها، وأيضاً على ضوء المشاكل السابق إثارتها **يمكن تصنيف التنازل عن العقد بحسب الزاوية التي ننظر منها إليه إلى عدة تقسيمات، مع العلم بأن بعض هذه التقسيمات أو التصنيفات قد يتداخل في التطبيقات العملية.**

١- تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى مصدره:

يمكن تقسيم التنازل عن العقد إلى تنازل قانوني وتنازل اتفاقي.

- **في التنازل القانوني:** نجد أن مصدره المباشر هو القانون. وهذا التنازل يفرضه القانون على أطرافه[1] مثال ذلك نص المادة ٦٠٤ من القانون المدني والمادة ٣٠ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والمادة ٥٩٤ مدني والمادة ٢٠ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١، والمادة ٣/٧ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتي حكم بعدم دستوريتها وغير ذلك من حالات سبق التعرض لها.

- **أما في التنازل الاتفاقي:** نجد أن التنازل يتم بمحض ارادة الأطراف (المتنازل والمتنازل له) ودون أن يكون تابعاً للتصرف في مال معين أو مفروضاً بنص خاص. وهذا التنازل هو الأصل.

٢- تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى موضوعه أو محله:

فقد ينصب التنازل على عقد ملزم للجانبين، حيث يتضمن تنازل عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد في آن واحد. وقد يكون التنازل موضوعه أو محله عقد ملزم لجانب واحد بحيث يقتصر اما على حوالة حق أو حوالة دين، حسبما إذا كان التنازل من جانب الدائن أو من جانب المدين. والتنازل عن العقد الملزم للجانبين هو الذي يثير الكثير من المشاكل العملية الهامة ولذلك سيكون محلاً لدراسة مستفيضه خلال هذا البحث.

٣- تصنيف التنازل عن العقد بالنظر إلى آثاره:

ونقطة البداية في هذا التصنيف ترتكز على أن التنازل قد يؤدي إلى براءة ذمة المتنازل وفي أحيان أخرى لا يرتب هذا الأثر، حيث يوجد للمتنازل لديه في هذه الحالة الأخيرة مدينان، المتنازل والمتنازل له. ولذلك يمكن أن نسمي التنازل في الحالة الأولى بالتنازل التام la cession parfaite وفي الحالة الثانية بالتنازل الناقص أو التنازل الجمعي أو الضمني la cession imparfaite ou la cession cumulative.

---

(١) Marty et Raynaud, Traité de droit civil, les obligations, t. II no 825.

المطلب الثاني
تحليل عملية التنازل عن العقد وتحديد طبيعتها

سنعرض هنا لتحليل عمليه التنازل أولا، ثم نقف بعد ذلك على طبيعة هذا التنازل.

أولاً: تحليل عملية التنازل عن العقد

إن الانطباع العام الذى يمكن أن نخرج به من العرض السابق هو أهمية وتنوع حالات التنازل عن العقد فى القوانين الوضعية. كما يمكن أن نلاحظ أن التقنينات المتعاقبة فى الزمن قد تطورت واتجهت نحو إعطاء مكاناً متزايداً للتنازل عن العقد. فإذا كان تقنين نابليون (١٨٠٤) لا يعرف سوى حوالة الحق، فان التقنين الالمانى (١٩٠٠) والتقنين السويسرى (١٩١٢) يعرفان حوالة الحق وحوالة الدين وإن كانا يجهلان التنازل عن العقد. وعلى العكس من ذلك فان التقنين المدنى الايطالى (١٩٤٢) والتقنين المدنى البرتغالى (١٩٦٦) يعرفان صراحة الأنظمة الثلاثة ونحن نتعجب للموقف السلبى للتقنين المدنى المصرى (١٩٤٨) من التنازل عن العقد.

وعلى أية حال فان مبدأ التنازل عن العقد قد أعترف به حتى فى البلدان التى لم تتضمن قوانينها قواعد عامة منظمة له. وقد كان للقضاء، وبصفة خاصة الفقه، السبق فى كل من ايطاليا والبرتغال فى إقرار التنازل عن العقد قبل تنظيم التقنينات المدنية فيهما لهذا التنازل. كما أنه فى المانيا قد كان للفقه والقضاء نفس الدور، رغم التزام الصمت من جانب التقنين المدنى بالنسبة للتنازل عن العقد. أما فى فرنسا وسويسرا، وكذلك الأمر فى مصر، فانه يبدو أن القضاء والفقه أقل تحمساً لاقرار التنازل عن العقد كنظرية عامة.

لكن يمكننا القول أن المحصلة النهائية أن التنازل عن العقد أصبح جزء لا يتجزأ من القانون الوضعى فى البلدان المختلفة، وأن له نفس الخصائص العامة، والاختلاف ينحصر فقط حول الوسائل الفنية لتحقيقه كما سوف نرى فيما بعد.

وللوقوف على خصائص وسمات التنازل فانه يجب أن نفرق منذ البداية بين التنازل القانونى من ناحية والتنازل الاتفاقى من ناحية أخرى. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أ - التنازل القانونى عن العقد وسماته العامة:

تتمير حالات التنازل القانونى بعدة خصائص نجملها فيما يلى:

١- رضاء المتنازل لديه ليس بضرورة فى التنازل القانونى

فى معظم حالات التنازل القانونى نجد أن التنازل يتم دون حاجة إلى رضاء المتنازل لديه بالتنازل، حيث أن هذا التنازل غالباً ما يكون مفروضاً عليه. لكن هذا

لا يمنع من أن القانون فى بعض الحالات يخول المتنازل لديه رخصة فسخ العقد المتنازل عنه، كما هو الشأن فى عقد التأمين.

أما بالنسبة لنفاذ التنازل عن العقد، نجد أنه فى غالب الاحوال يكون التنازل القانونى نافذاً دون حاجة إلى أى اجراء من جانب المتنازل له. ومع ذلك فانه فى بعض الأحيان يتطلب القانون إخطار المتنازل لديه بالتنازل.

٢- براءة ذمة المتنازل من التزاماته، كلياً أو جزئياً، بقوة القانون:

فى العقود الملزمة للجانبين يكون هناك ارتباط وتبادل بين الحقوق والالتزامات. فطالما أن القانون فرض التنازل عن الحقوق وإنتقالها إلى المتنازل له فانه من المنطقى أن يرتب على ذلك براءة ذمة المتنازل من التزاماته ليتحملها عنه المتنازل له بالتقابل لما انتقل إليه من حقوق.

ومع ذلك فقد نجد أن هناك نصوص تبقى على التزام المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه، مع اختلاف فى تكييف مركز المتنازل فى هذه الحالة وهل هو مدين بالالتزام[١] أم أنه كفيل متضامن أو غير متضامن[٢] أم أنه مجرد ضامن[٣].

وبالرغم من هذه النصوص[٤] فانه ليس هناك ما يمنع من أن يبرئ المتنازل لديه المتنازل من الضمان. وقد يكون الابراء صريحاً أو ضمنياً[٥] فإذا ما تم ذلك فان التنازل عن العقد يصبح تنازلاً تاماً أو كاملاً.

٣- تبعية التنازل القانونى لتصرف قانونى أو لواقعة قانونية:

نجد أن أغلب حالات التنازل القانونى عن العقد تتم بالتبعية لتصرف قانونى، كما هو الحال فى التنازل عن عقود الايجار بالتبعية للتصرف فى العقار المؤجر، والتنازل عن عقود العمل بالتبعية للتصرف فى المؤسسة، والتنازل عن عقد الايجار فى حالة بيع المتجر أو المصنع، والتنازل عن عقد التأمين بالتبعية للتصرف فى الشئ المؤمن عليه، والتنازل عن عقد القرض بالتبعية للتصرف فى العقار المحمل برهن ضامن لهذا القرض، والتنازل عند عقد الايجار بالتبعية للاتفاق على التبادل بين المستأجرين.

---

(١) سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، ٣، العقود المسماه، المجلد الثانى، عقد الايجار، ١٩٦٨ فقرة ٢٥٥ ص ٥٧٨، منصور مصطفى منصور، مذكرات فى القانون المدنى، العقود المسماه، البيع، المقايضة، الايجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧ فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، عقد الايجار ١٩٥٢ فقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

(٣) السنهورى، الوسيط جـ ٦، المجلد الأول ١٩٦٣ فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

(٤) انظر فى هذه النصوص بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٦٣، ٦٤.

(٥) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٦ وما بعدها، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ ص ٤٢٦.

كما أننا نجد أيضاً أن هناك بعض حالات التنازل القانوني عن العقد تتم بالتبعية لواقعة معينة، كالتنازل عن عقد الايجار عند وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة، أو التنازل عن الايجار الزراعي نتيجة الاستيلاء الاعتباري على القدر الزائد عن الحد الأقصى للملكية في قوانين الاصلاح الزراعي.

وسواء كان التنازل القانوني عن العقد قد تم بالتبعية لتصرف قانوني أم بالتبعية لواقعة قانونية معينة، فان المشرع يقوم بفرض هذا التنازل ويجعله يتم بقوة القانون وذلك استجابة لاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية. كما يجب أن نقرر أن التنازل القانوني في جوهره، وهو إنتقال مركز أحد المتعاقدين في الرابطة العقدية القائمه وبما تتضمن من حقوق والتزامات وغير ذلك إلى المتنازل له، وهو في ذلك لا يختلف عن التنازل الاتفاقي، وإن الاختلاف بينهما ينحصر في المصدر المرتب لهذا الأثر.

ب – التنازل الاتفاقي عن العقد وخصائصه:

إن أبرز ما يتميز به اتفاق التنازل هو أنه إتفاق ملزم للجانبين. كما أن محل هذا الاتفاق غالباً ما يكون عقد ملزم للجانبين. فالعقد المتنازل عنه ذاته يرتب التزامات متبادلة فيما بين الطرفين. ونحن نعتقد أن هذا يعتبر من أهم أوجه الصعوبة والتعقيد في عملية التنازل عن العقد.

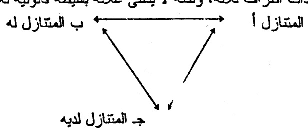
وعلى ضوء استقراء حالات التنازل الاتفاقي عن العقد يمكننا أن نخلص إلى أن التنازل عن العقد عبارة عن نقل مركز أحد المتعاقدين في العقد القائم مع ما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وخلافه إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتمثل في اتفاق بين المتنازل والمتنازل له بمقتضاه ينقل المتنازل مركزه العقدي في العلاقة القانونية الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. فالتنازل عن العقد يتضمن حلول المتنازل له محل المتنازل في العقد المتنازل عنه contrat cédé في جانبه الايجابي، اى الحقوق، وفي جانبه السلبي، أى الالتزامات في آن واحد، بالاضافة إلى ما يترتب على هذا المركز العقدي أو الصفة العقدية من بعض الحقوق الترخيصية les droit formateurs ou potestatifs التي تتضمنها الرابطة العقدية كما سوف نرى فيما بعد.

فالمتنازل يبغي من وراء هذا الاتفاق التنازل عن حقوقه إلى المتنازل له في مقابل تحمل هذا الأخير ما يقع على عاتقه من التزامات، كما أن المتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه إلا لأنه سيفيد من الحقوق المقابلة لها.

أما بالنسبة للمتنازل لديه. نجد أن المتنازل له قد حل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في مواجهة المتنازل لديه. ولذلك نجد أن موقف المتنازل لديه يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل في حقوقه أو في التزاماته. فيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق فان المتنازل لديه لا يمكن إلا أن يقر هذا الحلول لأن الأمر يقتصر فقط على تغيير شخص دائنه وهذا ليس بالأمر الخطير. أما فيما يتعلق بحلول المتنازل له محل المتنازل فيما عليه من التزامات فان المتنازل لديه لا يمكن أن يكون موقفه سلبياً، حيث أنه سوف يترتب على هذا الحلول تغيير شخص مدينه وهذا أمر خطير بالنسبة له. وهذا كله يتعلق بمشكلة نفاذ التنازل التي سوف نعرض لها فيما بعد.

والسؤال الآن هل إتفاق التنازل عقد ملزم لثلاثة أطراف أي un Contrat trilatéral، بمعنى أنه ينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة بين أطراف ثلاثة، كعقد الشركة مثلاً، أم أنه عملية قانونية ثلاثية الأطراف une opération à trois personnes بمعنى أن هناك ثلاث علاقات قانونية مركبة Rapport triangulaires.

في الحقيقة أن التنازل عن العقد ينشأ عنه عملية قانونية مركبة ثلاثية الأطراف، أو ذات أطراف ثلاثة، ولكنه لا ينشئ علاقة بسيطة قانونية ثلاثية.



ففي التنازل عن العقد يستطيع المتنازل له أن يباشر دعوى التنفيذ في مواجهة المتنازل لديه دون وساطة المتنازل. وكذلك الحال بالنسبة لدعوى الفسخ أو بالنسبة للدفع بعدم التنفيذ. وبالمثل يستطيع المتنازل لديه أن يباشر مثل هذه الدعاوى وهذا الدفع في مواجهة المتنازل له وبدون وساطة المتنازل[1].

ويتميز التنازل عن العقد أيضاً بأن الحلول يكون في نفس الحقوق وفي نفس الالتزامات. كما أن هناك إرتباط بين الجانب السلبي والجانب الايجابي. وعلى ذلك فان المتنازل له يحل محل المتنازل في نفس الرابطة القانونية القائمة، أي أن

---

(١) انظر في نفس هذا المعنى نقض ١٩٨٣/٤/١٤ الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤٨ ق في مجلة خريجي حقوق الأسكندرية، ابريل ١٩٨٥، ص ١٣٣.

التنازل يهدف إلى نقل العقد المتنازل عنه كما هو من المتنازل إلى المتنازل له. هذا التحليل للتنازل له إنعكاسات عميقة على نظام التنازل ذاته كما سنرى.

هذا التحليل يؤدى بنا أيضاً إلى طرح عدة أسئلة: ما هو دور إرادة المتنازل لديه وما هو مداها في إتفاق التنازل؟ هل هى شرط فقط لنفاذ إتفاق التنازل فى مواجهة المتنازل لديه أم أنها شرط أساسى لانعقاد إتفاق التنازل؟ ويرتبط بهذا السؤال سؤال آخر هام هل يبقى المتنازل ملتزماً فى مواجهة المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له أم أنه تبرأ ذمته بمجرد إتفاق التنازل؟ أو بعبارة أخرى هل مجرد موافقة المتنازل لديه على التنازل تؤدى إلى براءة ذمة المتنازل؟ أم أنه يبقى فى جميع الأحوال ملتزماً فى مواجهته؟ وللاجابة على هذه الأسئلة يجب أن نحدد طبيعة التنازل، وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثانياً: الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد

- التنازل عن العقد بين التجزئة والوحدة:

إن التنازل عن العقد ما يزال فى معظم التقنينات المقارنة نظام قانونى غير محدد وغير مكتمل. فنجد أن البعض ينظر إلى التنازل على أنه بيع للعقد أو هبة[1] وقد سبق لنا أن بينا أن هذا غير دقيق من الناحية القانونية حيث أن التنازل لا يخضع لكل قواعد البيع، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالثمن، وكذلك عدم مسئولية المتنازل عن عدم تنفيذ المتنازل لديه للعقد المتنازل عنه، وعدم مسئولية المتنازل أيضاً عن ضمان العيوب الخفية وغير ذلك من قواعد كما سوف نرى تفصيلاً فيما بعد. وفى بعض الاحيان، كما فى المانيا، يطلق على التنازل اسم عقد الحلول أو استئناف العقد[2] la reprise de Contrat (Vertragsubernahme) كل هذا يكشف عن عدم الوضوح والتردد الذى يحيط بنظام التنازل.

حتى بالنسبة لمحل التنازل فان هناك اختلاف فيما بين الفقهاء، فمثلاً فى إيطاليا، نجد أن بعض الفقهاء يرى أن إصطلاح التنازل عن العقد إصطلاح غير دقيق، حيث أنه ليس العقد الذى يتم التنازل عنه وإنما عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد[3] وحول طبيعة التنازل انقسمت التقنينات أيضاً إلى قسمين:

---

(١) انظر فى القانون المصرى السنهورى، الوسيط جـ ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦١. وفى القانون الفرنسى
Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil Français, t.x, no 550 p - 762 note 3.

(٢) K.H. Neumayer, la transmission des obligations en droit comparé, in Truvaux des IXès Journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le centre de Droit des obligations L.G.D.J. 1980 p. 269.

(٣) A.H. Neumayer op. cit, p. 259.

- قسم يرى أن التنازل ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت. وهذا القـ يشمل معظم التقنينات.

- والقسم الثانى يرى أن التنازل عن العقد نظام قانونى مستقل عن حوالة الحق وحوالة الدين ولذلك أورد قواعد قانونية عامة منظمة له. وهذا هو مسلك كل من التقنين الايطالى والبرتغالى.

ولنعرض الآن لكل من النظريتين، ثم نبرز بعد ذلك الأهمية العملية المترتبة على الإختلاف بين النظريتين.

١- نظرية تجزئة التنازل Théorie de la décomposition de la cession

نقطة البداية فى هذه النظرية أنه طالما لم توجد قواعد عامة تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد، فانه لا مناص من الالتجاء إلى القواعد الموجودة فى هذا المجال. وحيث أنه لا يوجد فى هذه المسألة سوى القواعد التى تحكم حوالة الحق من ناحية، وحوالة الدين من ناحية أخرى إذن فان هذه القواعد هى التى تكون واجبة التطبيق على التنازل.

وإذا كان الأمر كذلك، فاننا نعلم بأن حوالة الحق وحوالة الدين عمليتان قانونيتان متميزتان، والنتيجة المنطقية لذلك هى تجزئة أوصال العقد إلى حقوق والتزامات، بالرغم من الارتباط والتقابل بينهما - وبالتالى فان التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون حوالة حق وحوالة دين فى وقت واحد[1] ويجب ان تطبق القواعد الخاصة بالحوالة على التنازل عن العقد. وبناء عليه فان حوالة الحق تتم دون حاجة إلى رضاء المدين، إلا أنها لا تكون نافذة قبله إلا إذا قبلها أو أعلن بها. أما بالنسبة لحوالة الدين فانها تتم باتفاق المدين والمحال عليه، إلا انها لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها. وكما هو واضح فان دور المتنازل لديه ليس إلا الانضمام إلى إتفاق موجود وصحيح ونافذ فيما بين المتعاقدين، المتنازل والمتنازل له، وأن هذا التدخل من جانبه لا يقصد به سوى إعطاء هذا الاتفاق فعاليته ونفاذه، وهذه هى النظرية السائدة فى كل من القانون الالمانى والسويسرى والمصرى[2].

ونظرة فاحصة على هذا التحليل يتبين لنا بوضوح التكلف والتصنع، فالعقد كل متكامل. والقانون الحديث يقف ضد أى تجزئة للعملية العقدية، والمثل الواضح على ذلك موقف القانون الدولى الخاص الذى يهدف دائماً إلى تركيز العلاقات العقدية وعدم تجزئتها. كما أن التنازل ينصب على العقد المتنازل عنه - ككل

---

(١) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٣، فقرة ٢٥٠ ص ٤٥١، جـ ٦ المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣.

(٢) اما بالنسبة للقانون الفرنسى فان تقنين نابليون لا يعرف سوى حوالة الحق، ولم ينظم حوالة الدين. ونجد أن الفقة الغالب يذهب إلى أن القانون الوضعى الفرنسى يعرف حوالة الدين وبالتالى، وطبقاً لهذا الاتجاه، فانه يأخذ بنظرية التجزئة فى التنازل انظر

- Lapp la cession de contrat, Thèse strasbourg 1950, no 16 et s.

متكامل وبناء عليه فإن قواعد الحوالة تصبح عاجزة عن أن تستجيب لعملية التنازل عن العقد. حيث أنها عملية مركبة ومتداخلة، بينما قواعد الحوالة وضعت لتواجه حوالة حق او حوالة دين كل على حده.

كما أنه ليس صحيحاً بالمرة أن مجموع حوالة الحق وحوالة الدين يساوى فى كل الأحوال التنازل عن العقد ككل. ونحن نعتقد أن تجاهل هذه الحقيقة كان هو السبب الرئيسى فى الصعوبات الكثيرة التى تواجه الفقه والقضاء عند تطبيق قواعد الحوالة على التنازل عن العقد.

وفى البلدان التى لم تأخذ تشريعاتها بفكرة التنظيم المستقل والخاص بالتنازل عن العقد، كألمانيا وسويسرا وفرنسا ومصر، نجد أن الفقه والقضاء ما زال متردداً بين التحليل التقليدى، أى أن التنازل ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، والتحليل الحديث الذى ينظر إلى التنازل على أنه عملية قانونية مركبة ذات طبيعة خاصة تختلف عن مجرد حوالة الحق وحوالة الدين[1] وسوف نعرض لذلك تفصيلاً فيما بعد.

أما فى مصر فنجد هذا التردد واضحاً فى كتابات الفقهاء - فنجد مثلاً الاستاذ الجليل الدكتور السنهورى رحمه الله يصور التنازل عن عقد الإيجار بما يلى «يمكن القول، بادئ ذى بدئ، أن المستأجر فى هذه الحالة (حالة التنازل) يقوم بينه وبين المتنازل له عن الايجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه، وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته.. أما علاقته بالمؤجر فهى فى التنازل عن الايجار علاقة محيل بمحال عليه فى الحقوق وعلاقة محيل بمحال له فى الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار هى علاقة المحال له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له...»[2].

ثم وجد هذا الاستاذ الجليل صعوبات جمة لتطبيق قواعد الحوالة على التنازل وبصفة خاصة فيما يتعلق بنفاذ حوالة الحق وحوالة الدين[3] ولذلك نجد بعض الفقهاء يعترف بأن «حوالة الدين التى يتضمنها التنازل عن الايجار هى حوالة من نوع خاص..»[4].

---

(١) انظر فى تحليل مستفيض للقضاء الفرنسى وتردده

- Calvas Télés, la cession de contrat, Rev. int. de droit comparé, 1951, p. 226 et s.

وانظر فى كل من المانيا وسويسر

- K. H. Neumayer, op. cit, p.259.

(٢) السنهورى، الوسيط جـ ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦

(٣) انظر أمثلة على هذه الصعوبات السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، فقرة ٤٧٤ ص ٧١١، فقرة ٤٧٥ ص ٧١١، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥

(٤) عبد الفتاح عبد الباقى. المرجع السابق. فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك قارن ما قبله فى فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨

بل أكثر من ذلك نجد أن الاستاذ الدكتور السنهورى، يعبر، دون قصد، عن حقيقة التنازل بطريقة واضحة، فيقول بالحرف الواحد «ذلك أن المستأجر إنما يتنازل عن حقوقه والتزاماته المستمدة عن عقد الايجار الأصلى، **فهذا العقد نفسه هو الذى يتحول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلاً من المستأجر الأصلى»[1].**

ويستمر الاستاذ الجليل فى تأكيد هذه الحقيقة بقوله «ويترتب على ذلك أن الاسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها انهاء عقد الايجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزامات، يرجع فيها لا إلى المستأجر، بل إلى المتنازل له عن الايجار»[2]. **يستفاد من ذلك أن التنازل عن العقد ليس إذن مجرد حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت وإنما هى شئ أكثر من ذلك كما سوف نرى فيما بعد.**

والغريب من الأمر أن هذا التردد كان واضحاً فى المشروع التمهيدى للمادة ٥٩٥ مدنى، وهذا النص كان يجرى على الوجه الآتى «**فى حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل إليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار،** ومع ذلك يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل إليه فى تنفيذ التزاماته».

ونحن نعتقد أن هذا النص يعتبر أبلغ تعريف للتنازل، وبصفة خاصة التنازل الناقص، كما أنه يكشف بوضوح عن حقيقة التنازل وجوهره، وبالتالى طبيعته الخاصة.

وبالرغم من ذلك نجد بعض التراجع عن هذه الفكرة فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث أنها تقول «ففى التنازل عن الايجار يحل المتنازل إليه محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. **ويكون هذا بمثابة الحوالة فى الحقوق والديون فى وقت واحد**».

وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر فى لجنة المراجعة «إكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة»!![3]

وعلى ضوء ذلك يعود ويؤكد الاستاذ السنهورى على هذه الحقيقة بقوله «فالتنازل عن الايجار اذن هو حوالة حق وحوالة دين فى وقت واحد»[4].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.
(٢) انظر السنهورى، الوسيط، جـ ٣، فقرة ٢٥٠ ص ٤٥١، جـ ٦ المجلد الأول فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣.
(٣) مجموعة الاعمال التحضيرية، ٤ ص ٥٦٣ – ٥٦٥ وانظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩ وفقرة ٤٧٧ ص ٧١٦ هامش ١.
(٤) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩.

٢- نظرية وحدة التنازل Théorie Unitaire de la Cession

قد ظهرت هذه النظرية فى التقنين الايطالى ثم فى التقنين البرتغالى. وهذه هى النظرية التى يؤيدها غالبية الفقهاء فى فرنسا[١] كما أن هناك إتجاه فقهى فى المانيا يؤيد هذه النظرية والتى تعرف تحت اسم Einheitstheorie أى théorie Unitaire[٢] مع أن التقنين الالمانى (B.G.B) لا يتضمن إلا قواعد خاصة بحوالة الحق وبحوالة الدين ولا توجد به قواعد عامه تتعلق بتنظيم التنازل عن العقد.

وطبقاً لهذه النظرية، إن التنازل عن العقد لا ينظر إليه باعتباره مجموع من الحقوق والديون منظوراً إليها بطريقة منفصلة وإنما هو عبارة عن نقل للرابطة العقدية le rapport contractuel باعتبارها وحدة واحدة متكاملة، أو هو عبارة عن تنازل عن المركز العقدى la position contractuelle فى العلاقة العقدية القائمة. ويترتب على التنازل عن المركز العقدى أو صفة المتعاقد la qualité de contractant إكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الناشئة عن ذلك المركز أو تلك الصفة.

وهذا التحليل يرتكز عن أساسين: أحدهما شخصى، والآخر موضوعى فمن ناحية نجد أن هذا التحليل يرتكز على قصد المتعاقدين. فالمتعاقدان لم تتجه إرادتهما عند التنازل إلى فصل الجانب الايجابى عن الجانب السلبى للعقد، ولكن على العكس تتجه ارادتهما إلى التنازل عن العقد ككل، فمحل التنازل هو العقد المتنازل عنه فى ذاته. ومن ناحية أخرى فان هذا التحليل يرتكز على فكرة بسيطة قوامها أن محل التنازل ليس هى المجموع الحسابى للحقوق والديون وإنما هو شئ آخر غير ذلك، إنه التنازل عن صفة المتعاقد أو مركزه العقدى. فهدف المتعاقدين من التعاقد هو حلول المتنازل له محل المتنازل فى الرابطة العقدية القائمة والتى تربطه بالمتنازل لديه، وبكل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية لا تقف عند حد إنتقال الحقوق والالتزامات.

- الأهمية العملية للاختلاف بين النظرتيين:

بطبيعة الحال هناك أهمية عملية كبرى لهذا الاختلاف، حيث أن الأخذ بأى من النظريتين له أثر واضح فى شروط التنازل وأيضاً فى آثاره. وسوف نعرض هنا لأثر الاختلاف باختصار حيث أننا سوف نعرض له بالتفصيل عند الكلام عن شروط التنازل وآثاره فما بعد.

---

(١) انظر بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٧٤ هامش ٦١، ٦٢.
(٢) المرجع السابق.

- على نطاق شروط التنازل:

نجد أن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء الاطراف الثلاثة في التنازل. فطبقاً لهذه النظرية فان إتفاق التنازل ثلاثي الأطراف. هذا يعنى أن رضاء المتنازل لديه ليس مجرد شرط لنفاذ التنازل في مواجهته وإنما هو شرط ضرورى لانعقاد التنازل، مما يترتب عليه أن رفض المتنازل لديه للتنازل يجعل إتفاق التنازل بين المتنازل والمتنازل له عديم القيمة من الناحية القانونية ويفسر الفقهاء ذلك بأنه يتفق وقصد المتعاقدين، وبالارتباط بين الحقوق والديون. فالمتنازل لم يقبل التنازل عن حقوقه إلا لأنه سوف تبرأ ذمته في مواجهة المتنازل لديه من ديونه، مما يستلزم معه رضاء المتنازل لديه.

بينما لو جزأنا العقد، فانه يمكن القول، عند تخلف رضاء المتنازل لديه، بأن الحقوق قد تم إنتقالها دون الديون، أو أن هناك إنتقال لكل من الحقوق والديون لكن دون أن تبرأ ذمة المتنازل في مواجهة المتنازل لديه، وهذا هو رأى بعض الفقهاء في كل من المانيا وفرنسا[1].

- على نطاق آثار التنازل:

إن نظرية وحدة التنازل تشترط رضاء المتنازل لديه وذلك لأن من آثار التنازل براءة ذمة المتنازل في مواجهته.

ويؤكد بشدة كل من التقنين الايطالي والبرتغالي على أن من آثار التنازل عن العقد براءة ذمة المتنازل في مواجهة المتنازل لديه. والتقنين البرتغالي لا يعرف إلا هذا النوع من التنازل (م ٤٢٤) بينما التقنين المدني الايطالي ينص، إلى جانب ذلك، على إمكانية التنازل عن العقد مع عدم براءة ذمة المتنازل (م ١٤٠٨) أي التقنين الايطالي يعرف كل من التنازل التام والتنازل الناقص. لكن على أية حال فان التنازل في مفهوم نظرية الوحدة هو حلول المتنازل له محل المتنازل، مما يترتب عليه بالحتم خروج المتنازل من الرابطة العقدية. وهذا يعنى بطبيعة الحال براءة ذمته من الالتزامات، نتيجة لرضاء المتنازل لديه بالتنازل، أو لنص القانون الذى ينظم التنازل، فبراءة ذمة المتنازل، في مفهوم هذه النظرية، يعتبر الأثر الطبيعي للتنازل وخلاف ذلك يعتبر إستثناء.

أما بالنسبة لنظرية التجزئة، فان الأصل هو إنتقال الحقوق دون الالتزامات. وإن كان هناك إنتقال للحقوق والالتزامات فان المتنازل لا تبرأ ذمته في مواجهة المتنازل لديه ما لم يعلن هذا الأخير ذلك صراحة.

---

(١) انظر في ذلك

Ch. Larroumet, les opérations à trois personnages, Thèse Bordeaux 1968.

وينشأ عن بقاء المتنازل إلى جانب المتنازل له مشكلة تكييف مركزه القانوني؟ هل هو مدين أصلي بالالتزام إلى جانب المتنازل له، فيكون للمتنازل لديه مدينان؟ وهل هذان المدينان متضامنان؟ أم هل هو مدين إحتياطي؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل يعتبر المتنازل كفيلاً للمتنازل له؟ وإذا كان كفيلاً فهل له الدفع بالتجريد؟ فان لم يعتبر هذا أو ذاك فهل يمكن إعتباره ضامناً للتنفيذ، أي يقع عليه التزام قانوني بضمان التنفيذ؟ أسئلة كثيرة تبحث عن اجابات وتدل دلالة قاطعه على قصور نظرية التجزئة كما سوف نرى ذلك عند دراسة آثار التنازل.

يتضح من كل ما تقدم ان الأخذ بأي من النظريتين يرتب آثاراً عميقة على أحكام التنازل بصفة عامة.

المبحث الثاني
تمييز التنازل عن العقد عما قد يشتبه به من أنظمة قانونية

فى البداية، لم يكن التنازل عن العقد سوى مسألة أكاديمية، أو بالأحرى مجموعة من الأسئلة، كان السؤال الأول الطبيعى يدور حول مشروعيته من عدمه، ثم عن مدى إمكانية تحققه، ثم بعد ذلك أصبح السؤال يدور حول نظامه القانونى، وبصفة خاصة شروطه وآثاره: وهل للمتنازل لديه حق فى مواجهة المتنازل له؟ وهل للمتنازل له حق فى مواجهة المتنازل لديه؟ وهل المتنازل برأت ذمته، أم أن المتنازل لديه يمكنه، مع ذلك، متابعته؟

وعلى ذلك فانه لم يكن فى العمل نظام قانونى، أو فكرة واضحة للتنازل عن العقد. ولذلك كان الأمر الطبيعى هو الالتجاء إلى الانظمة القانونية الموجودة من قبل، كالالتجاء إلى الوكالة، التجديد، الانابة أو حتى إلى الاشتراط لمصلحة الغير. وهذا هو دأب القانون دائماً بصدد ما يجد من مسائل ومعاملات – وبذلك كان يتطور القانون على مر العصور.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لكل حكم جديد فى بدايته، إلا هذا الأمر لا يستمر طويلاً. فهذا الاسلوب المألوف فى العمل، إذا كان يستند إلى استمرارية القانون وثباته، ويكشف عن ثراء التراث القانونى، ويتجنب بالتالى الفراغ القانونى، إلا أنه فى كثير من الحالات يكشف التطبيق العملى قصور الانظمة القانونية الموجودة سلفاً عن أن تستوعب جميع عناصر وجزئيات المسائل الجديده أو الاحكام المستحدثة. ثم تتصل حلقات التطور إلى أن يكشف التطبيق العملى والتحليل النظرى المواكب له ذاتية وإستقلالية النظام الجديد. وها نحن اليوم نحاول جاهدين البحث عن تلك الذاتية وهذه الاستقلالية بالنسبة للتنازل عن العقد.

وأولى الخطوات لتحديد هوية التنازل عن العقد هى وضع معيار فاصل بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، ثم بعد ذلك نبين الحدود الفاصلة بين التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الاشخاص الثلاثة التى قد تشتبه به.

المطلب الأول
التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن

إذا كانت التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، بات مسلماً بها الآن[1] إلا أنها ما زالت تدق فى كثير من الاحيان، كما أنها محل خلاف فيما بين الفقهاء.

---

(١) انظر

Larroumet, op. cit, no 90 à 93, Teyssie, les groupes des contrats, Thèse Montpellier, 1975, préface J. Mousseron.

أولا: في الفقه التقليدى قد أقام بعض الفقهاء هذه التفرقة العلمية الدقيقة بحذق ومهارة، إستناداً إلى قراءة فطنه لنص المادة ١٧١٧ مدنى فرنسى (تقابل المادة ٥٩٣ مدنى مصرى). وهذه التفرقة ترجع إلى بداية القرن الماضى[١] وبالرغم من هذه التفرقة الفنية الدقيقة، فانه لم يؤخذ بها فى العمل. وكثير من العقود هى فى حقيقتها تنازل عن الايجار تم تكييفها على إنها إيجار من الباطن والعكس صحيح.

وإلى جانب ذلك قد إنبرى بعض الفقهاء، اللامعين لمحاربة هذه التفرقة وإنتقادها إنتقاداً شديداً[٢].

ثانياً: فى الوقت الحاضر فان التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن لم تفترض ولكنها تقابل فى الحقيقة التعقد المتزايد للعلاقات الاجتماعية فى المجتمعات الحديثة. فالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، وغيرها من انظمة قانونية حديثة، تعتبر وسائل فنية تترجم فى الواقع التعقد المتزايد للانظمة القانونية ذات الصياغة الفنية الدقيقة والتى تتميز بهنا القوانين الحديثة. ولذلك فان مبدأ التفرقة لم يعد محل مناقشة أو خلاف، وإنما الخلاف ينحصر فى تحديد معيار التفرقة بينهما.

ويذهب الفقه الحديث إلى تحليل مضمون كل من النظامين، من حيث الحقوق والالتزامات. ويقيم التفرقة بينهما على أساس محل كل منهما. فاحدهما حوالة حق (حق الايجار) والذى يخضع لشرط تحمل الاعباء المقابلة[٣]، والآخر عبارة عن إيجار، أى تأجير للحق فى الايجار أو لجزء من هذا الحق. ويترتب على ذلك أن كل منهما يخضع لنظام قانونى مختلف عن الآخر، فالأول يخضع لنظام التنازل والآخر يخضع لنظام الايجار، سواء من حيث انعقادهم أو إثباتهم أو آثارهم.

فى التنازل عن الايجار لا يوجد إلا عقد الايجار الأصلى بين المؤجر والمستأجر، وبمقتضى إتفاق التنازل يحل المتنازل له محل المستأجر فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن ذات هذا العقد. أما فى الايجار من الباطن فيوجد عقد إيجار أصلى ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد إيجار من الباطن بين المستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن – ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١- فى التنازل عن الايجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر وفيما بين المتنازل له والمؤجر، لأن المتنازل له حل محل المستأجر فى العقد

---

(١) - De Merlin, Répertoire, 1828 V° sous location.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ٨١ وما بعدها.

(٣) انظر

- Planiol et Ripert, op. cit, t. 10, 2e éd. par A. Tunc 1956, no 551, p. 764.

القائم ذاته. أما في الايجار من الباطن فقد تختلف شروط الايجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن وذلك لأن هناك عقدين مختلفين على التوالى.

١- يرتب الفقه على ذلك ضرورة اخضاع التنازل للاجراءات التى تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين (م ١٦٩٠ مدنى فرنسى تقابل المادة ١/٣١٦ مدنى مصرى بالنسبة لحوالة الحق والمادة ١/٣١٦ مدنى مصرى بالنسبة لحوالة الدين). أما بالنسبة للايجار من الباطن فيخضع لأحكام عقد الايجار.

٣- ومن حيث المحل فان الايجار من الباطن، وليس التنازل، يمكن أن يكون جزئياً، كما أن المستأجر من الباطن، وليس المتنازل له، يمكن أن يدفع ايجارا مختلفاً عن إيجار المستأجر الأصلى.

٤- ومن حيث الآثار، نجد أن المستأجر الأصلى، وليس المتنازل له، له حق إمتياز على ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات للمستأجر من الباطن.

٥- يجوز المستأجر أن يؤجر العين من الباطن للمؤجر نفسه، أما إذا تنازل له عن الايجار فان هذا يعد تقايلاً عن الايجار الأصلى.

٦- بالنسبة للاثبات فان التنازل عن الايجار يثبت طبقاً للقواعد العامة. أما الإيجار من الباطن، وبصفة خاصة فى العلاقة فيما بين الطرفين، لا يجوز إثباتها إلا طبقاً لقواعد خاصة فى القانون الفرنسى.

وكما هو واضح فان جهود الفقهاء فى التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن قد تركزت فى نطاق عقد الايجار، ولكنها تعطى دلالة واضحة للمشكلة ككل.

ثالثاً – المعيار المقترح للتفرقة:

نحن نرى أن معيار التفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن يكمن فى طبيعة العملية القانونية ذاتها.

ففى التنازل عن العقد نجد أن هناك تنازل عن الصفة العقدية، أو المركز العقدى فى رابطة عقدية موجودة من قبل، بحيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فما له من حقوق وما عليه من التزامات فى الرابطة العقدية القائمة، وكذلك فيما يترتب على هذه الصفة أو ذلك المركز العقدى من آثار ونتائج قانونية. أى عملية **التنازل عن العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين فحسب كما يرى الفقه وإنما هى شئ أكثر من ذلك.**

وعلى ضوء ذلك نستطيع نترجم هذه الفكرة فى الرسم التوضحى التالى:

أ ⟵ الرابطة العقدية القائمة (العقد المتنازل عنه) ⟶ ب ⟵ إتفاق التنازل ⟶ جـ

(المتنازل لديه) ⟵⟶ (المتنازل) ⟵⟶ (المتنازل له)

ويتضح من ذلك أن التنازل عن العقد يترتب عليه أن تنشأ علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين المتنازل لديه (أ) والمتنازل له (جـ) ولكن يبقى سؤالاً قائماً حول مدى براءة ذمة المتنازل (ب) فى مواجهة المتنازل لديه (أ) وهذه هى إحدى مشاكل التنازل عن العقد فى البلدان التى لم تنظمه بقواعد عامه، ومنها مصر. وسوف نعرض لهذه المشكلة فيما بعد.

بينما فى التعاقد من الباطن فإن العملية القانونية تأخذ شكلاً مختلفاً. فطبقاً لهذه العملية نجد أن أحد أطراف العقد، المقاول، أو المستأجر، يتعاقد مع الغير، المقاول من الباطن أو المستأجر من الباطن، لينشئ علاقة قانونية جديدة وموازية للعلاقة القانونية القائمة لا تختلط معها ولا تندمج فيها. وتنحصر هذه العلاقة الجديدة، طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، فيما بين المتعاقدين، المقاول أو المستأجر والغير فقط. ويترتب على ذلك فانه لا تنشأ علاقة مباشرة ومتقابله، كما هو الحال فى التنازل عن العقد، بين الغير والمتعاقد الأخر فى العلاقة الأصلية، المؤجر أو رب العمل.

وعلى ذلك تأخذ هذه العملية الشكل الآتى:

أ (المؤجر أو رب العمل) ـــ العلاقة الأصلية ـــ ب (المستأجر أو المقاول) = عقد ١

ب (المستأجر أو المقاول) ـــ التعاقد من الباطن ـــ جـ (المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن) = عقد ٢

يتضح من ذلك أنه ليس هناك، نتيجة للتعاقد من الباطن، أية العلاقة مباشرة بين (أ) المؤجر أو رب العمل و (جـ) المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن. كما أن (ب) المستأجر أو المقاول الأصلى يبقى مسئولاً فى مواجهة (أ) المؤجر أو رب العمل طبقاً للعلاقة الأصلية (عقد رقم ١) وبالتالى مشكلة براءة ذمة أى منهما من التزاماته ليست محلاً لأى تساؤل، حيث أنه لا علاقة بين (أ) و (جـ). فإذا كان هناك إعفاء للمستأجر الأصلى أو المقاول الأصلى (ب) من التزاماته فان ذلك يستلزم بالضرورة قبول المؤجر أو رب العمل (أ) بأن يكون

المستأجر من الباطن أو المقاول من الباطن مديناً مباشراً له، فإن حدث ذلك فإننا نكون بصدد حلول وبراءة ذمة للمدين الأصلي. وهذا يعني إما تجديد للالتزام أو تنازل عن العقد وليس تعاقد من الباطن.

قد يعترض على ذلك بنص المادة ١/٥٩٦ مدني والتي تنص على أنه «يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من وقت أن ينذره المؤجر» (١٧٥٣ مدني فرنسي)(١). فهل هذا يعني وجود علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن؟ الاجابة على ذلك، بطبيعة الحال، بالنفي وذلك راجع إلى أن هذه الدعوى ليست مقررة على سبيل التبادل وإنما مقررة في إتجاه احد من المؤجر إلى المستأجر من الباطن، فهي تسمح للمؤجر أن يطالب المستأجر من الباطن بما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي، ولكنها لا تخول للمستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر باجراء الترميمات الضرورية مثلاً، وإنما له فقط أن يطالب المتعاقد معه، أي المستأجر الأصلي بها. وعلى ذلك لا يستطيع المستأجر من الباطن أن يطالب المؤجر بما يفرضه عليه عقد الايجار الأصلي (عقد رقم ١) من التزامات، كما أنه ليس له أن يطالبه بها بطريق غير مباشر عن طريق المستأجر الأصلي. وهذا يؤكد المعيار المقترح وهو انتفاء العلاقة المباشرة في التعاقد من الباطن بين المتعاقد الآخر في العلاقة الأصلية والغير.

المطلب الثاني

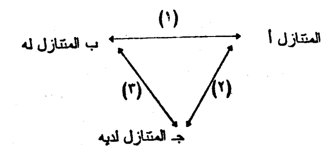
التنازل عن العقد والعمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة التي قد تشتبه به

سبق أن بيّنا الفارق الواضح بين العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة L'Opération à trois personnes والعقد الملزم لثلاث أطراف Le contract trilatéral كعقد الشركة، وهذا الفارق يتمثل أساساً في أن العملية القانونية ذات الأشخاص الثلاثة ينشأ عنها ثلاث علاقات متميزة، أما العقد الملزم لثلاث أطراف، فينشأ عنه علاقة قانونية واحدة ملزمة لأطرافه الثلاثة.

وقد انتهينا إلى أن التنازل عن العقد يعتبر من بين العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة. فالتنازل عن العقد ينشئ؛ علاوة على العلاقة الأصلية بين المتنازل والمتنازل له، علاقتين أحدهما بين المتنازل والمتنازل لديه، والثانية بين المتنازل له والمتنازل لديه. والشكل الآتي يعبر عن ذلك

---

(١) انظر أيضاً المادة ١/٦٦٢ مدني مصري بالنسبة لعقد المقاولة، والمادة ١٢ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بالنسبة لعقد المقاولة في فرنسا.



ومن الأنظمة القانونية ذات الأشخاص الثلاثة، والتى يمكن أن تختلط بالتنازل عن العقد، النيابة، والإنابة، والتجديد، والاشتراط لمصلحة الغير.

أولاً – التنازل عن العقد والنيابة فى العقد :

وجه الشبه بينهما يكمن فى العلاقة القانونية المباشرة التى تنشئها النيابة فيما بين الأصيل والغير المتعاقد مع النائب. ولكن رغم هذا التشابه الظاهرى نجد أن النيابة شخصية النائب ليس لها وجود فى العلاقة، ليس لأنه خرج منها، وإنما لأنه لم يدخل فيها، حيث أنه لا يتعاقد باسمه ولحسابه، وإنما يتعاقد باسم ولحساب الأصيل. وعلى العكس من ذلك تماماً فى التنازل عن العقد حيث أن المتنازل طرف أصيل فى إتفاق التنازل، وإذا كان له يخرج من العلاقة الأصلية القائمة ليحل محله المتنازل له فان ذلك يكون بمقتضى إتفاق التنازل.

ثانياً – التنازل عن العقد والإنابة :

كثيراً ما تدق التفرقة بين التنازل عن العقد والإنابة، وذلك لأن وجه الشبه بينهما كبير. ففى الإنابة نجد أن المدين يحصل على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين (م ١/٣٥٩ مدنى).

ويمكن أن تأخذ الإنابة شكلاً عملياً على النحو التالى:

فى عقد البيع الذى لم يكن المشترى قد دفع فيه الثمن، فإنه يمكن أن يبيع الشئ مرة ثانية ويحصل على موافقة البائع على أن يدفع المتصرف إليه الثمن الذى فى ذمة المشترى للبائع. وفى هذا المثال نجد أن المتصرف إليه يعتبر منابا قبل المشترى الذى يسمى منيبا، فى مواجهة البائع، والذى يسمى منابا لديه. بعد ذلك نجد أن هذه الإنابة قد تكون كاملة أو ناقصة بحسب ما إذا قبل البائع أو لا براءة ذمة المشترى فى مواجهته. فاذا قبل فان المشترى يختفى من هذه العلاقة ولا يكون مسئولاً أمام البائع، المناب لديه، سوى المتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة الكاملة أو التامة. أما إذا لم يقبل فانه يصبح للبائع، المناب لديه، مدينان، المشترى، المنيب، والمتصرف إليه، المناب، وهذه هى الإنابة الناقصة أو القاصرة.

والفارق الجوهرى بين الإنابة والتنازل عن العقد يكمن فى أن الإنابة، كاملة أو ناقصة، لا تنقل الالتزام وإنما تنشئ علاقة قانونية جديدة بين المناب والمناب لديه. أما فى التنازل عن العقد فان العلاقة القانونية القائمة، وبما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، هى بذاتها التى تنتقل من المتنازل إلى المتنازل له. ويترتب على ذلك أننا نجد أن دستور الإنابة هو تجريد العلاقة فيما بين المناب والمناب لديه، بمعنى أن التزام المناب قبل المناب لديه مجرد من سببه، فهذا الالتزام لا يتأثر بما قد يعترى التزام المناب قبل المنيب من أسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك من دفوع، وبالتالى لا يستطيع المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأوجه الدفع التى كان له التمسك بها فى مواجهة المنيب وتدعيماً لحماية المناب لديه أن التزام المناب قبل المناب لديه يستقل أيضاً عن التزام المنيب قبل المناب لديه بحيث يمتنع على المناب كذلك أن يحتج فى مواجهة المناب لديه بالدفوع التى كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه[1]. كل ذلك ما لم يوجد اتفاق على خلافه (م ٣٦١ مدنى).

أما بالنسبة للتنازل عن العقد فان نفس الرابطة القانونية القائمة بين المتنازل والمتنازل لديه هى التى تنتقل إلى المتنازل له، وبالتالى تنتقل بنفس طبيعتها وخصائصها وما يرد عليها من دفوعه وما يضمنها من تأمينات ودعاوى.

ففى التنازل يستطيع المتنازل لديه أن يدفع ببطلان هذه العلاقة، أو بفسخها، وأن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى مواجهة المتنازل له، كما كان له أن يتمسك بكل ذلك تماماً فى مواجهة المتنازل. وبالمثل بان للمتنازل له أن يتمسك بكل ذلك أيضاً فى مواجهة المتنازل لديه. كما أن المتنازل لديه يستطيع أن يتمسك بما له من إمتياز فى مواجهة المتنازل له.

ولكن قد تدق التفرقة إذا ما إتفق فى الإنابة على بقاء التأمينات أو الدفوع. ولكننا نتساءل أى إنابة هذه ؟ !! فلو تم الاتفاق على ذلك فلم يبق لهذه العملية القانونية من الإنابة إلا الأسم.

وبالرغم من وضوح هذه التفرقة من الناحية النظرية، إلا أننا نجد أن هناك خلط واضح فى استعمال كل من الإنابة والتنازل عن العقد فى الفقه والقضاء الفرنسى وكذلك فى الحياة العملية[2].

ثالثاً - التنازل عن العقد والتجديد :

يتم التجديد إما بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد. وإما بتغيير المدين إذا إتفق الدائن مع أجنبى على أن

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك صفحة ٣٦٩، ٣٧٠

(٢) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا السابق الإشارة إليه ص ٩١ وما بعدها

يكون هذا الأجنبي مديناً مكان المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد. وإما بتغيير الدين إذا اتفق الدائن والمدين على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديد يختلف عنه في محله أو مصدره (م ٣٥٢ مدني).

ونقطة التقاء التجديد بالتنازل عن العقد ينحصر في الصورتين الأوليتين، التجديد بتغيير الدائن ويقابل حوالة الحق، والتجديد بتغيير المدين ويقابل حوالة الدين، حيث أنه في كل من التجديد والتنازل عن العقد يتم تغيير كل من المدين والدائن[1].

ان الخط الفاصل بين التجديد والتنازل عن العقد يكمن في الطبيعة القانونية العملية ذاتها وهدفها. ففي التجديد نجد أن الأمر يتعلق بعملية قانونية يترتب عليها إنقضاء الالتزام وإنشاء لالتزام جديد في نفس الوقت. بينما في التنازل عن العقد نجد أن العملية القانونية تتعلق بانتقال للرابطة القانونية العقدية ذاتها من المتنازل إلى المتنازل له بما يترتب على ذلك من حلول المتنازل له محل المتنازل في مركزه العقدي بما ينشأ عن ذلك من حقوق والتزامات. ففي التنازل تحتفظ الرابطة بكل مقوماتها وخصائصها، كما تنتقل بضماناتها وصفاتها ودفوعها. أما في التجديد فيحل محل الالتزام الأصلي التزاماً جديداً بضمانات وصفات ودفوع تختلف عن تلك التي كانت للالتزام الأصلي، وبذلك تظهر أفضلية التنازل عن التجديد.

رابعاً - التنازل عن العقد والاشتراط لمصلحة الغير :

يبدو في الظاهر أن هناك تشابه بين الاشتراط لمصلحة الغير والتنازل عن العقد، وخاصة من حيث أنه في التنازل عن العقد نجد حلول شخص محل آخر، المتنازل له محل المتنازل، وفي الاشتراط لمصلحة الغير حيث أن المستفيد، وهذا تشابه ظاهري، يحل محل المشترط[2].

بالرغم من هذا التشابه الظاهري فانه يمكن رصد الفروق الجوهرية بين النظامين فيما يلي :

١ - أن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب حقوقاً دون أن يحمل الغير التزامات. ولا يوجد شيئاً من ذلك في التنازل عن العقد، وبصفة خاصة العقد الملزم للجانبين، حيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في نفس الوقت.

---

(١) انظر في استناد بعض الفقهاء إلى نظرية التجديد، وذلك بما فيها الأثر المنهي، وتدعيم ذلك بالاشارة إلى عدة أحكام قضائية. وانظر تحليل كل ذلك وانتقاده بحثنا السابق الإشارة إليه ص ٩٢-٩٦

(٢) انظر في خلط القضاء والفقه بينهما بحثنا السابق الإشارة إليه ص ٩٧.

٢ - ان الاشتراط ينشئ للمستفيد حقا مباشرا فى مواجهة المتعهد دون ان يمر بذمة المشترط. وليس هناك شيئاً من ذلك فى التنازل عن العقد، حيث أن المتنازل ينقل ما فى ذمته من حق ثابت إلى المتنازل له، إلى جانب ما عليه من التزامات متقابلة.

٣ - فى الاشتراط ينشأ للمستفيد حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط متى تم هذا العقد صحيحاً. وينشأ هذا الحق للمستفيد دون حاجة إلى قبوله. ولا يتضمن التنازل عن العقد شئ من ذلك، حيث أن المتنازل له لا يكتسب أى حق إلا بتعاقده هو شخصياً أو من ينوب عنه.

٤ - فى الاشتراط لمصلحة الغير ينشأ للمستفيد حقاً مباشراً قبل المتعهد وهذا الحق يختلف عما يكون ثابتاً للمستفيد قبل المشترط. ولا يوجد شئ من ذلك فى التنازل عن العقد، حيث أن المتنازل له لا يكتسب قبل المتنازل لديه إلا ما هو ثابت من حق للمتنازل.

ويمكننا أن نجمل القول في أن المناب فى الإنابة والمستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير يكتسبان حقاً ذاتياً جديداً وذلك بخلاف المتنازل له الذى يكتسب ما للمتنازل من حقوق وما عليه من التزامات قبل المتنازل لديه بمقتضى إتفاق التنازل.

الفصل الثاني

أحكام التنازل عن العقد

بعد الوقوف على فكرة التنازل والتي من خلالها تسنى لنا عرض وتصنيف حالات التنازل، ثم تحليل عملية التنازل عن العقد وتحديد طبيعتها مما مكنا من التمييز بين التنازل عن العقد وما قد يشتبه به من أنظمة قانونية، فانه قد حان الوقت الآن لمعرفة الأحكام القانونية للتنازل.

وللوقوف على هذه الأحكام يتعين علينا دراسة وجود التنازل عن العقد ونفاذه ثم التعرف بعد ذلك على آثاره وهذا ما سنعرض له في المبحثين التاليين.

المبحث الأول

وجود التنازل عن العقد ونفاذه

من الثابت أن التنازل الاتفاقي عن العقد ليس إلا عقداً، وبالتالي يجب أن يتوافر فيه، علاوة على الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد، شروط خاصة تتفق وطبيعته. بالإضافة إلى ذلك نجد أن التنازل عن العقد إتفاق بمقتضاه يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في علاقة قانونية قائمة، أحد أطراف هذه العلاقة، المتنازل لديه، ليس طرفاً في اتفاق التنازل في غالب الأحوال، ولذلك تثور مشكلة كيفية نفاذ هذا الاتفاق في مواجهته. وعلى ذلك سوف نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول ندرس فيه شروط التنازل عن العقد وفي المطلب الثاني نعرض لاجراءات وشروط نفاذ التنازل عن العقد.

المطلب الأول

شروط التنازل عن العقد

سبق أن قلنا أن التنازل الاتفاقي عن العقد يعتبر في ذاته عقداً، وبالتالي يستلزم توافق ارادتين، بين المتنازل والمتنازل له. كما أن هذا الاتفاق يرد على محل معين وله سبب معين. وهذه هي الشروط العامة الواجب توافرها في كل عقد. لكن يجب أن نعرض لها بشئ من التفصيل وذلك لمعرفة ما إذا كان لذاتية التنازل أثر عليها. ثم نعرض بعد ذلك للشروط الخاصة بالتنازل عن العقد.

أولاً : الشروط العامة

ونقصد بها الشروط الواجب توافرها في كل عقد، وهي التراضي والمحل والسبب. ولنتكلم الآن بشئ من التفصيل عن التراضي والمحل والسبب في التنازل عن العقد.

١ - التراضي

حيث أن التنازل عن العقد تتولد عنه علاقات ثلاثية، لذلك يجب أن نحدد بدقة الرضا المطلوب لانعقاد عقد التنازل.

بطبيعة الحالة يبدأ التنازل عن العقد بمفاوضات بين المتنازل والمتنازل له. وتدور هذه المفاوضات حول شروط هذا التنازل. فإذا ما انتهت هذه المفاوضات إلى تلاقي ارادتيهما، يوجد لدينا اتفاق بين طرفي على التنازل. وهذا الاتفاق يهدف إلى حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق والتزامات في الرابطة العقدية القائمة من قبل.

ويعتبر التنازل عن العقد عقداً رضائياً لا يلزم لانعقاده اشتراط أي شكل خاص. كما أنه اثباته يخضع للقواعد العامة في الاثبات.

لكن يجب أن تكون ارادة كل من الطرفين في اتفاق التنازل خالية من العيوب، الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، فاذا ما شاب إرادة أي من الطرفين عيب من هذه العيوب فان عقد التنازل يكون قابلاً للابطال لمصلحة من تعيبت ارادته[1].

وغالباً ما يتم الاتفاق صراحة على التنازل عن العقد بين المتنازل له والمتنازل. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتم هذا الاتفاق ضمناً، بأن يستفاد من مسلك كل من الطرفين، كاتخاذ مواقف ايجابية من جانب كل منهما يمكن أن يستشف منها اتجاه ارادتهما إلى ابرام اتفاق التنازل، كاعطاء السند المثبت للعقد المتنازل عنه، ووجود مراسلات متبادلة بين الطرفين تتعلق بكيفية تنفيذه، أو أن يقوم المتنازل له بتنفيذ العقد. ولكن ينبغي التحرز في تقدير هذه المواقف وتحديد مداها، إذ يلزم أن تكشف بوضوح عن إرادة الطرفين.

والتنازل عن العقد يعتبر بالنسبة للمتنازل، عمل من أعمال التصرف، وبناء عليه يجب أن يتوافر لديه أهلية التصرف. أما بالنسبة للمتنازل له، فان الأمر يتعلق باكتساب عقد ملزم للجانبين. يتضمن التزامات واجبة التنفيذ، ولذلك يجب أن يتوافر لديه أهلية الالتزام[2].

---

(١) أنظر في نفس المعنى

Ch. Lapp. Encyclopedie Dalloz. 1970, Vo Cession de contrat, no 20 p. 2.

(٢) Vo ch. Lapp. Encyclopie Dalloz, Op. Cit., No. 21 p. 2.

وقارن السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٤.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان هناك نيابة فى التنازل، فان طبيعة التنازل، كعمل من أعمال التصرف أو كعمل من أعمال الإدارة، تحدد نوع الوكالة، خاصة أو عامة، كما أنها تحدد مدى سلطات النائب فى النيابة القانونية.

لكن يجب أن نشير هنا إلى أن للطبيعة الخاصة للتنازل انعكاس مباشر على كيفية انعقاده. وذلك مرجعه إلى أن التنازل عن العقد يجعل المتنازل له طرفاً، محل المتنازل، فى علاقة قانونية قائمة يكون طرفها الأخر معه المتنازل لديه. فالسؤال الآن هل يلزم رضاء المتنازل لديه بهذا التنازل؟ وإذا كانت الإجابة على هذا السؤال بالايجاب، فما هو مدى ودور رضاء المتنازل فى اتفاق التنازل ؟

والسبب فى السؤال الأول يرجع إلى أنه بمقتضى التنازل يصبح المتنازل له دائناً بالحقوق الناشئة عن العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه، كما أنه يعتبر فى نفس الوقت مديناً بالالتزامات المتقابلة والناشئة عن نفس العقد فى مواجهة المتنازل لديه. وهذا يعنى أنه بحلول المتنازل له محل المتنازل فى العلاقة القانونية القائمة قد تغير شخص الدائن والمدين بالنسبة للمتنازل لديه.

فبالنسبة لتغيير شخص الدائن فان أمره لا يهم المدين بنفس الدرجة التى يهم بها تغيير شخص المدين بالنسبة للدائن. وعلى ذلك فان المتنازل لديه لا يلزم أن يرضى بالدائن، المتنازل له، وانما يكفى أن يعلم أو يقر هذا التغيير. أما بالنسبة لتغيير المدين، نتيجة التنازل، فان المتنازل لديه لا يجبر على قبوله حتى ولو كان أكثر يساراً من المدين الأول، ولذلك لابد من رضاء المتنازل لديه بهذا المدين. وحيث أنه فى العقود الملزمة للجانبين يكون كل من الطرفين دائن ومدين فى نفس الوقت، فان هذا يكشف عن جانب آخر من جوانب تعقيد مشكلة التنازل عن العقد. وسوف نعرض لذلك تفصيلاً عند الكلام عن نفاذ التنازل عن العقد للارتباط الشديد بينهما كما سوف نرى.

ولكن هذا التحليل لا يكفى لحسم هذه المشكلة، إذ يبقى التساؤل قائم حول مدى ودور قبول المتنازل لديه فى اتفاق التنازل، فهل هو شرط لقيام التنازل ذاته؟ بحيث أن تخلفه يجعل عقد التنازل لا وجود له من الناحية القانونية، أم أنه مجرد شرط لنفاذه فى مواجهة المتنازل لديه، بحيث تخلفه يجعل اتفاق التنازل غير نافذ فى مواجهة المتنازل لديه، ولكن هل عدم النفاذ ينصب على الحقوق والالتزامات، أم ينصب فقط على الالتزامات ؟ وحيث أن هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيل أكثر فسوف نرجئ الحديث عنه إلى المبحث الخاص بنفاذ التنازل عن العقد وذلك للارتباط الوثيق بينهما.

٢ - المحل

سبق أن رأينا أن التنازل الاتفاقى عن العقد له صفة العقود الملزمة للجانبين من ناحيتين، من ناحية عقد التنازل نفسه، من حيث اعتباره مصدر لالتزامات متبادلة ومتقابلة، كما سوف نرى فيما بعد، ومن ناحية محله، حيث أن محل التنازل ذاته يكون عقداً ملزماً للجانبين.

فمن حيث أن محل التنازل هو العقد الملزم للجانبين ذاته، فانه قد يعترض على ذلك بالقول بأن محل التنازل ليس العقد ذاته، وإنما حقوق والتزامات المتعاقد. فالعقد ليس فى حقيقته رابطة قانونية، وإنما بالأحرى هو مصدر لهذه الروابط، وأن الرابطة القانونية الحقيقية والتى تقبل التنازل هى الالتزام. وإذا كان هذا الاعتراض له وجاهته من الناحية المنطقية البحتة إلا أننا لنا عليه عدة ملاحظات .

أولاً : أن التنازل عن العقد أصبح مصطلحاً قانونياً شائعاً فى الحياة العملية والعلمية، وربما لأن هذا المصطلح رغم شدة اختصاره إلا أنه ناطق بذاته، ومعبر بطريقة وافية، عن العملية القانونية المتضمن لها.

ثانياً : أن لتنازل عن عقد ملزم للجانبين، ليس له إلا محل واحد وهو العقد الذى ينشئ التزامات وحقوق متقابلة بين طرفيه، مؤجر ومستأجر، رب عمل وعامل ... الخ، وهذا ما يميزه عن التنازل عن العقد الملزم لجانب واحد والذى لا يعدو أن يكون حوالة حق أو حوالة دين بحسب ما ينشئه هذا العقد من حق أو التزام.

ثالثاً : أن التنازل عن العقد لا يتضمن، حوالة حق وحوالة دين فى آن واحد. فالتنازل لا يؤدى إلى تجزئه العقد المتنازل عنه، وإنما يرد على الرابطة العقدية برمتها وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، وأيضاً بما تشتمل عليه من حقوق ترخيصية، وما يترتب عليها من اكساب صفة معينة لأحد المتعاقدين، أو غير ذلك من النتائج والآثار القانونية.

فالمتنازل ما قبل التنازل عن حقوقه إلا لأن المتنازل له سيتحمل عنه الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق، والمتنازل له ما قبل التحمل بالالتزامات إلا لأنه مستفيداً بالحقوق المقابلة لها. إذن جوهر التنازل عن العقد الملزم للجانبين هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية فى الرابطة القانونية القائمة، وما يترتب على ذلك المركز أو هذه الصفة من حقوق والتزامات وآثار قانونية. فالمتنازل يتنازل عن مركزه العقدى أو صفته العقدية فى العقد الملزم للجانبين، أى باعتباره دائن ومدين فى نفس الوقت

٣ - السبب

ان التنازل عن العقد هو فى ذاته عقد. وهذا العقد يعتبر من العقود الملزمة للجانبين. كما أن محل هذا العقد هو أيضاً عقد ملزم للجانبين. وعلى ذلك فانه بالنسبة لسبب عقد التنازل فان الأمر لا يخلو من أحد فروض ثلاثة :

الفرض الأول: هو أن يتم التنازل عن العقد بمقابل. وفى هذه الحالة فان سبب التزام المتنازل عن العقد، حقوقاً والتزامات، هو الحصول على المقابل. كما أن سبب التزام المتنازل له بدفع المقابل هو الحلول محل التنازل فى الرابطة العقدية القائمة، حقوقاً والتزامات. بالاضافة إلى ذلك فانه يجب أن يكون الباعث الدافع إلى هذا التنازل مشروعاً.

الفرض الثانى: هو أن يتم التنازل عن العقد بدون مقابل. بمعنى أن يحل المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق ويتحمل ما عليه من التزامات دون أن يدفع المتنازل له أى مقابل لهذا التنازل. فهل يمكن القول أيضاً بأن هذا العقد يعتبر هبة؟ إذ نظرنا إلى حقيقة الأشياء نجد أن هناك التزامات وحقوق متقابلة بين المتنازل والمتنازل له، فهناك تنازل عن الالتزام من جانب والتحمل بهذا الالتزام من جانب آخر. كما أن تنازل المتنازل عن حقوقه يقابله تحمل المتنازل له بالالتزامات. وتحمل المتنازل له بالالتزامات يقابله الاستفادة من الحقوق المتقابلة والناشئة عن نفس العقد. فبالرغم من انتفاء المقابل فى عقد التنازل فانه مع ذلك لا يمكن القول بأن هذا العقد يعتبر هبة، وذلك بسبب التقابل فى الاداءات وهو ما يتعارض وطبيعة عقد الهبة. ونجد فى هذه الحالة أن سبب تنازل المتنازل عن حقوقه هو تحمل المتنازل له بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد، وسبب تحمل المتنازل له بالالتزامات هو الاستفادة من الحقوق المقابلة لها، وذلك لأن جوهر التنازل وهدفه هو الحلول فى العلاقة القانونية القائمة.

الفرض الثالث: أن يتم التنازل عن العقد دون مقابل على أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى حقوقه ويتحمل التزاماته. والجديد فى هذا الفرض أن المتنازل لديه لا يقر هذا التنازل. كذلك يبقى المتنازل ملتزماً بالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه قبل المتنازل لديه. فالسؤال الآن هل يوجد فى هذه الحالة أيضاً تقابل فى الالتزامات؟ وبالتالى يكون هذا التقابل هو سبب الالتزام؟ نستطيع أن نقرر وجود مثل هذا التقابل، وإن كان أقل وضوحاً مما سبق، وذلك لأن المتنازل له ملتزم طبقاً لعقد التنازل أن يتحمل العبء النهائى للالتزام. فاذا كان المتنازل يبقى ملتزماً بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه، إلا أنه فى النهاية العبء كله سيقع على المتنازل له وحده.

على ذلك يمكن القول أنه يوجد فى هذا الفرض من الناحية الاقتصادية والقانونية، انتقال للدين أو للالتزام، ولكن هذا الانتقال غير نافذ فى مواجهة المتنازل لديه. كما أنه يوجد، فى حدود معينة، تقابل فى التزامات المتعاقدين. وسبب التنازل يكمن إذن فى التقابل فى التزامات المتعاقدين.

وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الباعث الدافع إلـى التنازل مشروعاً وإلا وقع التنازل باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ثانياً – الشروط الخاصة : القابلية للتنازل

فيما سبق تكلمنا عن الشروط العامة الواجب توافرها فى عقد التنازل، وهى الشروط الواجب توافرها فى أى عقد، لكن حاولنا التحرى فى كيفية تطبيق هذه الشروط على التنازل. والآن يجب علينا أن نعرض للشروط الخاصة بالتنازل والتى فرضتها طبيعة هذا العقد. وهذه الشروط تدور كلها حول قابلية العقد للتنازل، وهى تتلخص فى شرطين: الأول، ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى. والثانى، ألا يكون العقد قد تم تنفيذه.

١ – ألا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصى

سبق أن رأينا أنه بعد أن كان ينظر إلى الالتزام نظرة شخصية محضة ترى أن الجوهرى فيه هى تلك الرابطة التى تربط بين شخصين بحيث لا يتصور أن ينشأ الالتزام دون أن يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولا يتصور أن يتغير أحد طرفى الرابطة دون أن تتغير الرابطة ذاتها، أصبح، فى الوقت الحاضر، ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لا يعنيها فى الالتزام أشخاصه بقدر ما يعنيها موضوعه، وبذلك استقل الالتزام من شخص الدائن وعن شخص المدين، بحيث تكون العبرة فيه بقيمته المالية[١].

وإذا كان قد تأكد، فى الوقت الحاضر، الصفة المالية للالتزام وما ترتب عليها من السماح بانتقاله إلا أنه لا يمكن اغفال النظر تماماً على أن الالتزام ما زال يعبر عن رابطة بين شخصين، الدائن والمدين. ولذلك فى الوقت الذى تصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار فى نظر المتعاقدين أو فى نظر أحدهما فان العقد فى هذه الحالة يكون غير قابل للتنازل عنه. فالاعتبار الشخصى فى التعاقد يعتبر من موانع التنازل.

---

(١) Vo E. Gaudemet, Etudc sur le transport de dette à titre particulier Thèse Dijon 1898.
- J. Ghestin la transmission des obligations en droit positif français, Travaux des Ix es Journées d'études juridiques, Jean Dabin. L.G.D.J. 1980.

وما يؤكد أن العقد لم يصبح فقط مجرد قيمة مالية أو اقتصادية يمكن التصرف فيه كأي مال، وانه ما يزال يمثل رابطة قانونية بين شخصين، أنه بالنسبة العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، فان مجرد الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة جوهرية من صفاته يؤدى إلى ابطال العقد طالما كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد. كما أنه في مثل هذه العقود لا يمكن، من باب أولى، تغيير شخص المتعاقد الذي هو محل اعتبار وذلك عن طريق التنازل عن هذا العقد، أو حتى عن طريق التعاقد من الباطن.

ويمكن القول بصفة عامة أن العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في ابرامها. ففي العقود ذات الصبغة الفنية فان شخص المتعاقد، بصفة عامة، محل اعتبار، فعند التعاقد مع مهندس معماري مشهور فان لشخص هذا المهندس الدور الحاسم في التعاقد. كما أن الاعتبار الشخصي قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد، كالثقة في نزاهة ومهارة المقاول مثلاً في عقد المقاولة[1] أو الثقة في القدرة المالية أو الكفاءة الفنية للملتزم بالمرفق العام، في عقد التزام المرافق العامة مثلاً[2].

لكن يجب ملاحظة أن الاعتبار الشخصي في عقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة يكون أكثر وضوحاً في حالة المقاول والملتزم بالمرفق العام الفرد، بينما يكون أقل وضوحاً عند يكون المقاول أو الملتزم بالمرفق العام مؤسسة معينة، لذلك إذا ما تم التنازل عن هذه المؤسسة برمتها، لسبب أو لآخر، فان الاعتبار الشخصي لا يعتبر عقبة أو مانع في سبيل هذا التنازل، طالما أن المؤسسة ذاتها بنفس صفاتها الفنية والمالية ما زالت قائمة وأن التغيير اقتصر فقط على مجرد شخص المالك.

والاعتبار الشخصي في التعاقد L'intuitus personae قد يكون في جانب كل من المتعاقدين، بأن كل متعاقد يعتبر أن لشخص المتعاقد الآخر أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في اتمام التعاقد، فكل منهما محل اعتبار في نظر المتعاقد الآخر. لكن الغالب من الامر أن يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد في جانب أحد المتعاقدين، في هذه الحالة فان التنازل عن العقد يكون ممتنع من جانب المتعاقد الذي هو محل اعتبار في هذا التعاقد.

وقد لا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، مع ذلك يكون هذا العقد غير قابل للتنازل. وقد يرجع ذلك إلى نص في القانون أو إلى شرط مانع في العقد ذاته. وفي حالة تضمن العقد شرط مانع، فانه يجب عدم التوسع في تفسيره[3].

---

(١) CF. J. Mazeaud, Rep. civ. Vo Contrat d'entreprise, no 57.

(٢) Vo Ph. Maulaurie la cession de contrat cours de Doctorat ParisII 1977. P. 162

(٣) انظر في تفصيل ذلك، السنهوري، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٥ ص ٦٦٨، فقرة ٤٥٦ ص ٦٦٩ وما بعدها، فقرة ٤٥٦ ص ٦٨٦ وما بعدها.

وتطبيقاً لما سبق قد نصت المادة ١/٦٦١ مدنى مصرى على أنه «يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم يكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية» وبطبيعة الحال ما يصدق على التعاقد من الباطن يصدق، من باب أولى، على التنازل عن العقد[1].

وقد رتب التقنين المدنى على ذلك أن «ينقضى عقد المقاولة بموت المقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار...» (م ٦٦٦ مدنى مصرى، م ١٧٩٥ مدنى فرنسى).

كما نصت المادة ٦٢٥ مدنى مصرى على أنه «لا يجوز فى المزارعة أن ينزل المستأجر عن الايجار أو أن يؤجر الارض من الباطن إلا برضاء المؤجر». ونتيجة للاعتبار الشخصى فى عقد المزارعة قد رتب القانون المدنى على ذلك النتائج المنطقية فنص على أنه «لا تنقضى المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضى بموت المستأجر» (م ٦٢٦ مدنى).

وقد تنص بعض القوانين الاستثنائية على عدم قابلية العقد للتنازل إلا بأذن من الطرف الآخر. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ١٨/جـ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حيث أنها تجيز للمؤجر اخلاء المكان المؤجر «إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجره من الباطن بغير اذن كتابى صريح من المالك للمستأجر، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً...».

لكن يبقى مع ذلك التساؤل قائماً حول جزاء التنازل عن العقود ذات الاعتبار الشخصى.

نحن نرى أنه تطبيقاً للقواعد العامة، أن التنازل عن هذا العقد لا يسرى فى حق الطرف الآخر. وبالتالى يستطيع أن يتجاهل وجود مثل هذا التنازل ويتصرف على أساس عدم وجوده. فإذا ترتب مثلاً على هذا التنازل أى آثار، كشغل المتنازل له العين المؤجرة مثلاً، فان للطرف الآخر فى العقد الاصلى أن يطالب باخلائها، ويعامل المتنازل له معاملة المغتصب الذى ليس له عقد.

كما أن للطرف الآخر فى العقد الاصلى أن يطلب فسخ هذا العقد، لأن مثل هذا التنازل يعتبر اخلالاً بذات العقد الذى يتحتم أن يكون تنفيذه من الطرف الذى هو

---

(١) قارن المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والتى تنص على أنه «فى الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين» انظر المادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى.

محل الاعتبار، (انظر المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والمادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى بالاضافة إلى المادة ٢٠٨ مدنى مصرى والمادة ١٢٣٧ مدنى فرنسى بالاضافة إلى المادة ١٥٧ مدنى مصرى والمادة ١١٨٤ مدنى فرنسى). كما يجوز له، فى جميع الاحوال، أن يطالب بالتعويض ان كان له مقتض. كل ذلك طبقاً للقواعد العامة.

فالاعتبار الشخصى فى التعاقد له وزنه عند ابرام العقد، وتكون القابلية للابطال جزاء الغلط فى شخص هذا المتعاقد أو فى صفة من صفاته، وعند تنفيذه، يكون الفسخ جزاء عدم تنفيذ العقد من جانب المتعاقد الذى هو محل اعتبار فى العقد.

أما بالنسبة للعلاقة فيما بين المتنازل والمتنازل له فيحكمها العقد الذى تم بينهما. وسيكون لموقف الطرف الآخر فى العقد الاصلى أثر واضح على هذا العقد. فإذا ما طالب هذا الطرف بالتنفيذ العينى كاخلاء المتنازل له من العين المؤجرة، فان المتنازل له يستطيع أن يرجع على المتنازل بدعوى ضمان الاستحقاق إذا كان لا يعلم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الاصلى. اما إذا كان يعلم بذلك فلا رجوع له لأنه يكون مخاطراً. أما إذا ما طالب الطرف الآخر في العقد الاصلى بفسخه وقضى له بذلك فان هذا الحكم بالفسخ يسرى فى حق المتنازل له، وليس له إلا أن يرجع على المتنازل بالتعويض إذا كان غير عالم بأن شخص المتنازل محل اعتبار فى العقد الأصلى. اما إذا حكم بالتعويض فى الحالتين، حالة الفسخ وحالة التنفيذ العينى، فان المتنازل هو المسئول عن ذلك لا المتنازل له.

٢- إلا يكون العقد قد تم تنفيذه

وهذا الشرط يقتضيه منطق التنازل ذاته، حيث أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فكيف لنا اذن أن نتصور هذا الحلول إذا ما تم تنفيذ العقد المتنازل عنه.

وعلى ذلك فان التنازل عن العقد لا يتصور إلا بالنسبة للعقود المتراخية فى التنفيذ. وليس معنى ذلك، أن التنازل عن العقد يقتصر فحسب على العقود الزمنية، مستمرة أو دورية، وانما يمتد لبشمل أيضاً العقود الفورية التى تتراخى فى التنفيذ.

فحلول المتنازل له محل المتنازل لدى الغير فى حق أو التزام، يفترض أن هذا الغير ما زال ملتزماً بالتزامه تجاه المتنازل، أو أن المتنازل نفسه ما زال ملتزماً تجاه الغير فيما عليه من التزام.

والنتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك هو أن ينشأ عن التنازل عملية قانونية ثلاثية الاطراف، وبالتالى ينشأ ثلاث علاقات قانونية علاقة بين المتنازل والمتنازل

له، وعلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه، وعلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه. اما إذا كان قد تم تنفيذ الالتزام من جانب المتنازل للدائن، أو أن المتنازل استوفى حق من المدين، ففى أى شئ يكون الحلول؟ وفى مواجهة من يكون هذا الحلول.

فبعد تنفيذ الالتزام أو استيفاء الحق لا تنشأ إلا علاقة بسيطة بين دائن ومدين. فإذا قام شخص بالوفاء بما عليه من التزام عن طريق الاقتراض من شخص آخر، فان الامر لا يعدو أن يكون انقضاء للالتزام الاول بالوفاء، ونشوء التزام آخر بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها القواعد العامة. وبالمثل إذا استوفى شخص ماله من حق قبل مدينه، ثم قام بعد ذلك باقراض هذا المبلغ، فان الامر فى هذه الحالة لا يعدو أيضاً أن يكون استيفاء للحق يترتب عليه انقضاء التزام المدين، ونشوء التزام جديد بين المقرض والمقترض، رابطة التزام عادية تحكمها أيضاً القواعد العامة.

لكن فى التنازل الامر يختلف تماماً، فمثلاً فى حالة التنازل عن الايجار، نجد أن المتنازل له يحل محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، فى رابطة عقدية قائمة. فالمتنازل له يحل محل المتنازل فى الانتفاع بالعين المؤجرة، ويلتزم فى مقابل ذلك بدفع الاجره المنصوص عليها فى العقد.

كما أنه فى حالة بيع منزل محمل برهن ضامن لقرض استخدم فى بنائه، يمكن أن يستتبع هذا البيع تنازل عن عقد القرض، وبالتالى يحل المشترى محل البائع فى عقد القرض، ويستفيد من التقسيط المتفق عليه فى هذا العقد وكذلك من سعر الفائدة المحدد والمنصوص عليه فى هذا العقد، ويصبح المشترى هو المسئول أمام البنك (المتنازل لديه) بدفع الاقساط المستحقة وفوائدها، كما أن البنك يستفيد من الرهن الضامن لهذا القرض، حيث أنه يترتب على التنازل انتقال العقد بنفس شروطه، وتبقى الضمانات الضامنة للوفاء به قائمة، كما يحتفظ الدين بأوصافه وصفاته وكل ما يرد على هذا العقد من دفوع ووسائل دفاع تبقى سارية.

المطلب الثاني

شروط واجراءات نفاذ التنازل عن العقد

أولاً: طبيعة التنازل وأثرها وموقف التشريعات من ذلك:

إذ نظرنا إلى التنازل عن العقد، نجد أن هناك علاقة بين المتنازل له والمتنازل موضوعها حلول الاول محل الثاني فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، بمقابل أو بدون مقابل، وعلى ذلك فالمتنازل لم يرض بالتنازل عن حقوقه

الناشئة عن العقد المتنازل عنه الا لأن المتنازل له أخذ من عاتقه الالتزامات الناشئة من ذات العقد، وبالمثل فأن المتنازل له لم يقبل التحمل بالالتزامات الناشئة من العقد المتنازل عنه الا لأنه حل محل المتنازل فيما له من حقوق.

.. ومع ذلك فان هذا الاتفاق، محله رابطة عقدية تربط بين المتنازل والمتنازل لديه. والغاية من هذا الاتفاق هو أن يحل المتنازل له محل المتنازل فى الرابطة العقدية التى تربطه بالمتنازل لديه. فالسؤال الآن ما هو دور المتنازل لديه بالنسبة لهذا الاتفاق؟ فهل يلزم أن يقبل هذا التنازل ويرتضى المتنازل له طرفاً معه فى العقد القائم بدلاً من المتنازل؟ وما هو مصير التنازل عن العقد إذا ما رفض المتنازل لديه هذا التنازل؟

فإذا ما دفعنا التحليل أكثر إلى الإمام، نجد فى العقود الملزمة للجانبين أن كل طرف يعتبر دائناً ومديناً فى نفس الوقت. وبناء عليه فان التنازل عن العقد الملزم للجانبين يؤدى إلى تغيير الدائن والمدين فى نفس الوقت. فإذا ما نظرنا للتنازل عن العقد من زاوية تغييره للدائن نجد أن الامر لا يستلزم رضاء من جانب المدين، المتنازل لديه، بهذا التغيير، طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار فى التعاقد، وانما يكفى أن يعلن أو يقر المتنازل لديه هذا التغيير. ولكن الامر يتجاوز هذا الموقف السلبى بالنسبة للجانب السلبى من العقد الملزم للجانبين، أى بالنسبة لتغيير المدين بالالتزامات، فان الامر يتطلب رضاء المتنازل لديه بالمدين الجديد، المتنازل له. فطبقاً للقواعد العامة أن الدائن لا يجبر على قبول مدين جديد حتى ولو كان اكثر يساراً من مدينه السابق. وبناء على ذاك فان قبول المتنازل لديه للتنازل فى هذا الصدد أمر تفرضه طبيعة التنازل ذاته. والسؤال الآن هل يعتبر قبول المتنازل لديه أو رضاه شرط ضرورى لوجود التنازل ذاته، أم انه مجرد شرط لازم لنفاذ التنازل فى مواجهته.

لايضاح ذلك أكثر نبحث أثر عدم قبول المتنازل لديه لتنازل على عقد التنازل. هل إذا ما رفض التنازل يصبح هذا العقد عديم القيمة من الناحية القانونية، أم أن أثر رفضه ينحصر فقط فى عدم نفاذ التنازل، رغم وجوده، فى مواجهته؟ الأمر المتيقن منه فى حالة رفض المتنازل لديه التنازل، أن المتنازل يبقى ملتزماً فى مواجهته بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه.

والسؤال التالى الآن هو معرفة ما إذا كان قبول المتنازل لديه للتنازل يترتب عليه براءة ذمة المتنازل وخروجه من الرابطة العقدية أم أنه يبقى بالرغم من ذلك ملتزماً فى مواجهته إلى جانب المتنازل له؟

نجد فى هذا الصدد موقف التشريعات متباين. فبينما نجد أن التقنين المدنى الايطالى ومن بعده التقنين المدنى البرتغالى يعتبران أن رضاء المتنازل لديه أو موافقته شرط لازم لانعقاد التنازل عن العقد، مما يعطى لإنعقاد التنازل بموافقة المتنازل لديه فعالية ترتب عليه كامل آثاره، وبصفة خاصة من حيث براءة ذمة المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه وخروجه من الرابطة العقدية القائمة، ومن حيث نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، يعنى أن هذا التنازل يعتبر تنازلاً تاماً Une cession parfaite.

تجد فى جانب آخر التقنين المدنى الفرنسى والمصرى والالمانى والسويسرى وهذه التقنينات لم يرد فيها تنظيم مستقل للتنازل عن العقد، وبالتالى لم يتحدد على نحو قاطع مدى ودور ارادة المتنازل لديه فى التنازل، كما فعل كل من التقنين الايطالى والبرتغالى. والمرجع الآن لتحديد هذا الدور ومداه هو القواعد العامة فى هذه التقنينات. وسوف نعرض على وجه التفصيل موقف كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى.

ثانياً: موقف الفقه والقضاء فى فرنسا:

الفقه والقضاء مختلف حول هذه المسألة إختلافاً شديداً. وهذا الاختلاف يرجع فى أساسه إلى اختلاف الفقه والقضاء حول التكييف القانونى لعملية التنازل ذاتها على النحو السابق بيانه.

يذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أن التنازل عن الايجار، كغيره من حالات التنازل عن العقد، ينشئ بقوة القانون علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، دون أن يكون هناك حاجة لقبول المتنازل لديه أو رضاه بهذا التنازل، بل وبدون حاجة إلى إخطاره[1].

انتهى التطور فى القضاء الفرنسى إلى أنه، إذا تخلف الاجراء المنصوص عليه فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى(تقابل نص المادة ٣٠٥ مدنى مصرى) فانه

١- مجرد العلم، حتى ولو كان خاص وشخصى، بالتنازل لا يكفى لجعله نافذاً فى حق المتنازل لديه.

٢- ينبغى قبول التنازل من جانب المتنازل لديه، وأنه بصفة خاصه، مجرد إستلام الأجرة من جانب المؤجر دون أن يعطى إيصال بها لا يعادل القبول[2].

---

(١) - Larroumet, op. cit. n° 110, 111 et 125, p. 290 et s.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١١٦ - ١١٩.

وقد حاول بعض الفقهاء، أن يتتبع الأصل التاريخي للمادة ١٦٩٠ مدني فرنسي، وأن يحدد المقصود الحقيقي للاجراءات المنصوص عليها في هذه المادة. وقد قرر هؤلاء الفقهاء أنه يوجد فارق هام وجوهري بين إجراءات الشهر والعلانية والاجراءات الواردة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي. ففي نظام الشهر والعلانية تعتبر الاجراءات، من حيث المبدأ، شكلية ولا يسمح بصددها بفكرة الاجراء المعادل في القوة والأثر، فالعلم، حتى ولو كان يقينياً، لا يمكن أن يقوم مقام أي من هذه الاجراءات. فالتصرف الذي يتم شهره يفترض العلم به، والتصرف الذي لا يتم شهره يفترض عدم العلم به. بينما نجد أن القضاء الفرنسي قد ذهب في بعض أحكامه بصدد المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي إلى الأخذ بفكرة الاجراء المعادل في القوة والأثر، وإن كان ذلك في نطاق محدود، فاعتبر قبول المدين في ورقه عرفية يعادل قبوله في ورقة رسميه، بل إن القضاء قد أخذ بفكرة القبول الضمني[1].

وفي نفس هذا الاتجاه قد ذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة التفرقة بين الاخطار والشهر والعلانية، وبين المدين المتنازل لديه، والغير.

فبالنسبة للغير، بالمعنى الفني الدقيق، الدائن الحاجز، الدائن المرتهن، المتنازل لهم الآخرين، فان الأمر يتعلق هنا بفكرة الاحتجاج بالتنازل عن العقد في مواجهة الغير، وبالتالي الاجراء المطلوب هنا يكون من قبيل إجراءات الشهر أو العلانية.

أما بالنسبة للمدين المتنازل لديه لا يمكن إعتباره من الغير بهذا المعنى، ولهذا يكفي إتخاذ اجراء من الاجراءات التي تفيد إخطاره وذلك حتى:

١- لا يجهل وجود التنازل   ٢- وتنشأ علاقة قانونية بينه وبين الدائن الجديد.

فأي وسيلة تؤدي إلى تحقيق هذا الغرض تكفي، بل حتى مجرد علمه في الواقع بأن هناك تنازل عن العقد الذي هو طرف فيه يكفي لقيام هذه العلاقة بين المتنازل له وبينه[2].

لكن هذا التحليل رغم وجاهته فانه لا يعدو أن يكون، أمام موقف القضاء الصلب والحازم، مجرد تحليلاً أكاديمياً. وقد إنتقد الفقه موقف القضاء باعتباره موقفاً مغرقاً في الشكلية والتمسك بحرفية النصوص[3].

لكن رغم كل هذا الاختلاف يبقى سؤال جوهري حول أثر رفض المتنازل لديه للتنازل، أو بصفة عامه، عدم إتباع الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي؟

---

(١) انظر في تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١١٩، ١٢٠

(٢) Larroumet, op. cit. n° 36, p. 68

(٣) انظر في تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١٢٠

قد ذهبت غالبية الفقهاء إلى أنه فى حالة تخلف رضاء أو قبول المتنازل لديه للتنازل فإنه يكون هناك تنازل فقط عن الحق دون أن يكون هناك تحمل بالالتزام، وبالتالى يبقى المتنازل مسئولاً عن التزاماته فى مواجهة المتنازل لديه

ويترتب على ذلك نتيجة عملية شاذة، هو أن يكون هناك تنازل عن العقد إذا ما قبل المتنازل لديه، ويكون هناك حوالة للحق وتحمل متعاصر بالالتزام من جانب المتنازل والمتنازل له فى حالة عدم موافقة المتنازل لديه أو عدم قبوله. وعلى ذلك فان المتنازل لديه يمكن أن يرجع على كل من المتنازل والمتنازل له لمطالبهم بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، بينما لا يستطيع المتنازل له أن يطالبه مباشرة بحقوقه المقابلة لهذه الالتزامات[1].

هذه النتيجة الشاذة حدت ببعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا كان هناك ترخيص بالتنازل من جانب المتنازل لديه، فى العقد الأصلى، فان التنازل عن هذا العقد يؤدى تلقائياً إلى براءة ذمة المتنازل عن التزاماته بمجرد إخطار المتنازل لديه بالتنازل. وأنه إذا لم يتضمن العقد مثل هذا الترخيص، فانه بمجرد أن يباشر المتنازل لديه دعواه فى مواجهة المتنازل له فانه يترتب على ذلك أيضاً براءة ذمة المتنازل[2].

وقد إختلف الفقهاء أيضاً حول الأساس القانونى لرجوع المتنازل لديه على المتنازل له فى هذه الحالة[3].

يتضح من كل ما سبق الصعوبة الشديدة فى تكييف الأوضاع القانونية الناشئة عن التنازل عن العقد بصورته الممسوخه فى القانون الفرنسى، أى باعتباره مجرد حوالة للحق وللدين فى آن واحد. ويكشف بوضوح عن عجز الفقهاء في الترجيح بين الأراء المختلفة فى هذا الصدد. كما أن القضاء الفرنسى ما زال بعيداً عن أن يحسم هذه المشكلة، وما زال يسوده التردد والتخبط. وإذا كان الأمر كذلك فى القانون الفرنسى فما هو موقف الفقه والقضاء فى مصر؟ هذا هو موضوع الفقرة التالية.

ثالثاً: موقف الفقه والقضاء فى مصر:

صدر القانون المدنى المصرى خالياً من القواعد العامة المنظمة للتنازل عن العقد. ونحن نسجل أسفنا لهذا القصور، وخاصة وأن هذا التقنين قد صدر بعد صدور التقنين الايطالى (١٩٤٢) وما كان يجب أن يفوت واضعيه الاستهداء بالقواعد العامة الواردة فى التقنين المدنى الايطالى، وخاصة وأنه قد بذل جهداً ضخماً فى وضعه،

(١) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١٢١.
(٢) انظر فى تفصيل ذلك بحثنا السابق الاشارة إليه ص ١٢١.
(٣) انظر المرجع السابق، ص ١٢٢ - ١٢٤.

ورجع إلى العديد من تقنيات العالم، وذلك حتى يظهر فى صورته المشرفة والتى لا ينقصها إلا القليل من اللمسات حتى تكتمل.

وبناء على ذلك فان طبيعة التنازل عن العقد تتحدد على ضوء القواعد العامة للقانون المدنى. كما أن ما ينشأ عنه من مشاكل تحل على ضوء تلك القواعد.

والفقه فى مصر قد تعرض لمشكلة التنازل بافاضة بصدد التنازل عن عقد الايجار، والذى ورد بصدده تنظيم خاص فى القانون المدنى. وهذا الفقه فى مجموعه ينظر إلى التنازل عن عقد الايجار على أنه حوالة للحق وحوالة للدين فى آن واحد، وبالتالى يجب أن يطبق بصدده القواعد العامة فى حوالة الحق وحوالة الدين(١).

وسوف نتعقب كيفية تطبيق الفقه لقواعد حوالة الحق وحوالة الدين على التنازل عن العقد لنبرز الصعوبات الجمة التى يصادفها فى هذا الصدد، كما نوضح أن تطبيق الفقه لهذه القواعد كان يؤدى فى كثير من الاحيان إلى التسليم بالطبيعة الخاصة بالتنازل عن العقد، وان كان لم يصرح بذلك.

ولنأخذ ما كتبه الاستاذ الدكتور السنهورى، باعتباره ممثلا لها الفقه فى مجموعه، فنجده يقول ما يلى «يمكن القول، بادئ ذى بدء، أن المستأجر فى هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الايجار علاقة محيل بمحال له فيما يتعلق بحقوقه وعلاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته... أما علاقته بالمؤجر فهى فى التنازل عن الايجار علاقة محيل بمحال عليه فى الحقوق وعلاقة محيل بمحال له فى الالتزامات. وتقوم علاقة بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار هى علاقة المحيل له بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له....»(٢).

«فالتنازل عن الايجار اذن هو حوالة حق وحوالة دين فى وقت واحد»(٣).

وبالنسبة لعلاقة المستأجر بالمؤجر «فان التنازل عن الايجار يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمستأجر بالتنازل قد حول حقوقه قبل المؤجر إلى المتنازل له

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٢ وما بعدها وفقرة ٤٦٧ ص ٦٩٧ وما بعدها، سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، ٣ العقود المسماه، المجلد الثانى، الايجار، ١٩٦٨ فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٨ وما بعدها، ص ٥٣٩ وما بعدها، فقرة ٢٥٧ ص ٥٨٨ وما بعدها، محمد على امام، الايجار، ١٩٥٣، فقرة ١٧٠ ص ٤١٣، عبد الفتاح عبد الباقى، الايجار، فقرة ٢٧٣ وما بعدها، عبد المنعم البدراوى، الايجار ص ١١٠ وما بعدها، منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة والايجار، فقرة ٢٢٥ ص ٥٧٧ وما بعدها توفيق فرج. عقد الايجار فى القانون اللبنانى ١٩٧٥ فقرة ١٥٧ ص ٣٥٩ وما بعدها.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٦٦ ص ٦٩٦.

(٣) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٩.

عن الايجار، فلم يصبح له حق قبل المؤجر. ولما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر هي التزامات المؤجر نحوه، فان المؤجر لم يعد منذ التنازل مدينا للمستأجر. كذلك المستأجر بالتنازل قد حول التزاماته نحو المؤجر إلى المتنازل عن الايجار، فلم يصبح فى ذمته التزام نحو المؤجر، ونرى من ذلك أن المستأجر لم يعد، بعد أن تنازل عن الايجار، دائناً للمؤجر ولا مديناً له، فاختفت بذلك وساطته بين المؤجر والمتنازل له عن الايجار وأصبحت العلاقة بين هذين الاخرين علاقة مباشرة كما سنرى. ولا تقوم أية علاقة بين المستأجر والمؤجر تستند إلى عقد الايجار، فقد تنازل المستأجر عن هذا العقد بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، وانما يكون المستأجر، بحكم القانون لا بحكم عقد الايجار كما سنرى، ضامناً للمؤجر فى تنفيذ الالتزامات التى انتقلت إلى ذمة المتنازل له عن الايجار»[1].

وبالرغم من وضوح كلام الاستاذ الدكتور السنهورى عن أن التنازل عن العقد ليس إلا حوالة حق وحوالة دين فى نفس الوقت، إلا أننا نجد فى ثنايا هذا الكلام ما يكشف بوضوح عن الطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد، وقد كتب هذا الكلام بطريقة بارزة وواضحة وذلك لاظهاره. كما أن عباراته قاطعة فى أنه يترتب على التنازل حلول المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات، وبالتالى نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وبراءة ذمة المتنازل وخروجه من العقد المتنازل عنه، لكن متى يتحقق ذلك؟

– لكن «لما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر تنتقل بموجب حوالة الحق كما قدمنا، ولما كانت حوالة الحق لا تصبح نافذة فى حق المدين إلا باعلانه بالحوالة أو بقبوله اياها، ولا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان الرسمى أو التاريخ الثابت لقبول المدين (م ٣٠٥ مدنى) وكان المفروض أن المؤجر (أى المدين قد قبل التنازل ما دام لم يشترط فى عقد الايجار عدم جواز التنازل كما سيأتى، فانه إذا عرض التنازل على المؤجر تعين عليه قبوله. ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الايجار، كحوالة حق، سارياً فى حق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، ولا حاجة إلى قبوله أو اعلانه رسميا»[2].

وإذا سلمنا أنه لا حاجة لرضاء المدين لانعقاد الحوالة (م ٣٠٣ مدنى) وذلك على خلاف ما ذهب إليه التقنين المدنى السابق، حيث كان يشترط رضاء المدين،

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٤ ص ٧١٠، ٧١١.

(٢) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وقارن

Ph. Malaurie, op. cit, p. 106 et Vo Raffary, les substitions de contractant en cours d'exécution du contrat n° 377 à 380.

ويرجع السبب فى ذلك أن انتقال الحق من دائن إلى دائن آخر ليس من شأنه الاضرار بالمدين اضرارا يستوجب تحتيم رضائه لانعقاد الحوالة، ففى اكثر الاحوال يستوى لدى المدين أن يطالبه شخص أو اخر بالدين، وهو عندما يحرص على ألا يتغير عليه دائنه يستطيع أن يتفق مع الدائن على عدم جواز الحوالة إلا برضائه أو باعلانه. أما نفاذ الحوالة فى حق المدين لا يكون إلا برضائه أو باعلانه[1].

وعلى ذلك فإن اعلان المدين بالحوالة أو قبوله اياها يعتبر شرطاً لازماً لنفاذها فى مواجهته. ويجب أن يكون اعلان المدين اعلانا رسمياً على يد محضر فلا يكفى الاعلان الشفوى، وبل ولا الاعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل، لكن اية ورقة رسمية تشتمل على بيانات الحوالة وتعلن للمدين تقوم مقام الاعلان، كاعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالباً اياه بوفاء الحق المحال به، ومن وقت وصول صحيفة الدعوى إلى المدين يعتبر هذا معلناً بالحوالة فتنفذ فى حقه وفى حق الغير[2]. وقبول المدين للحوالة لا يعنى أكثر من أنه علم بوقوع الحوالة، فأصبحت سارية فى حقه، وصار واجباً عليه أن يدفع الدين للمحال له لا للمحيل. فالقبول، اذن لا يفيد اكثر من اقرار من جانب المدين بأنه علم بوقوعه الحوالة، ولا يفيد أن المدين أصبح طرفاً فى عقد الحوالة، لأن هذا العقد يتم دون حاجة إلى قبوله، ومن ثم إذا رفض المدين أن يقبل الحوالة، أمكن الاستغناء عن قبوله باعلان الحوالة إليه، فالاعلان كالقبول يفيد حتماً علم المدين بوقوع الحوالة[3].

وليس للقبول شكل خاص، فيصح أن يكون فى ورقة رسمية، كما يصح أن يكون فى ورقة عرفية ثابتة التاريخ. أو في ورقة عرفية غير ثابتة التاريخ بل يصح ألا يكون مكتوباً أصلاً، فيكون قبولاً شفوياً، وقد يكون قبولاً ضمنياً، كما إذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له عن الايجار دون أن يبدى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى (٥٩٧/ ثانياً مدنى).

فإذا كان المقصود من اعلان المدين بالحوالة أو قبوله بها هو اثبات علمه بوقوعها، فهل يستخلص من ذلك أنه متى ثبت علم المدين بالحوالة، ولو من طريق آخر غير الاعلان أو القبول، تكون الحوالة نافذة فى حقه؟

يجيب هذا الفقيه على ذلك بأن لا يكون علم المدين بوقوع الحوالة أى قيمة طالما أنه لم يكن حاصلاً بالطريق الذى رسمه القانون. «فلا يكون هذا العلم مهما

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٠ ص ٤٦٧.
(٢) نقض مدنى فى ١٩٧٦/٥/٢٤ مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٢٧ ص ١٧١، نقض ١٩٩٢/١/٧ س ٤٣ ص ١٣٨
(٣) انظر فى نفس المعنى السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٧ ص ٤٧٩.

استطاع ذو المصلحة أن يثبته، بل ولو أقر به المدين نفسه، كافياً فى جعل الحوالة نافذة فى حقه. ذلك أن القانون متى رسم طريقاً محدداً للعلم بتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق. فالتسجيل مثلاً طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الاصلية، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذاً فى حق الغير إلا عن طريق التسجيل. والقيد طريق لشهر انشاء الحقوق العينية العقارية التبعية، فلا تنفذ هذه الحقوق فى حق الغير إلا بالقيد. وكذلك الاعلان أو القبول طريق لشهر انتقال الحقوق الشخصية، فلا تكون الحوالة نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالاعلان أو القبول»[1] هذه هى القاعدة، ولا تحتمل استثناء إلا فى حالة الغش.

وهذا الاتجاه متأثراً كثير باتجاه الفقه التقليدى فى فرنسا[2]. كما أن هذا الاتجاه يخلط بين اجراءات الاخطار الواردة فى المادة ٣٠٥ مدنى وبين اجراءات الشهر والعلانية، كما أن هذا الاتجاه لم يفرق بين المتنازل لديه وبين الغير بالمعنى الفنى الدقيق[3].

وهذا التشدد الواضح من جانب هؤلاء الفقهاء لا يتفق مع موقفهم من نفاذ التنازل عن عقد الايجار، إذ فى نظرهم أن عدم اشتراط المدين فى عقد الايجار عدم جواز التنازل، يعتبر قبولاً لحوالة الحق التى تتم بعد ذلك فى حالة التنازل عن الايجار. وعلى ذلك فأنه إذا عرض التنازل على المؤجر تعين عليه قبوله. ولذلك يمكن اعتبار التنازل عن الايجار، كحوالة حق، سارياً فى حق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، **ولا حاجة إلى قبول أو اعلانه رسمياً**[4].

ولهذا السبب فان الرأى السائد فى مصر هو أن التنازل عن الايجار، كحوالة حق، لا ينفذ فى حق المؤجر إلا من وقت اعلانه بالتنازل أو من وقت قبوله به[5].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٢٦٨ ص ٤٨١.
(٢) وهذا واضح من المراجع المشار إليها فى الهامش ٣ ص ٤٨١.
(٣) انظر فى مثل هذه الانتقادات

Ph. Malaurie, op. cit, p 107; Larroumet, op. cit. no 36 p. 68.

(٤) وقد أدانت محكمة النقض المصرية هذا الرأى فى حكمها فى ١٩٥٩/١١/١٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ ص ٦٨٤ حيث أنها قررت «أن قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو القبول الذى يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها. ولا يعد قبولاً تصريح المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين... بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق.
(٥) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٩، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٩، ص ٣١٨.

ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعلن المؤجر بالحوالة أو لم يقبلها، فان العلاقة بينه وبين المستأجر المتنازل تبقى قائمة ويستطيع المؤجر أن يتجاهل وجود المتنازل له عن الايجار، أى لا توجد أى علاقة بين المتنازل له والمؤجر.

– أما بالنسبة لالتزامات المستأجر نحو المؤجر فانها تنتقل أيضاً بالتنازل إلى المتنازل له عن طريق حوالة الدين. فلا يصبح المستأجر مديناً للمؤجر، لا بدفع الاجرة. ولا باستعمال العين فيما اعدت له، ولا بالمحافظة عليها وما يدخل فى ذلك من القيام بالترميمات التأجيرية والمسئولية عن الحريق، ولا برد العين، ويصبح المدين بكل ذلك هو المتنازل له عن الايجار.

لكن لا يتحقق ذلك إلا بعد نفاذ حوالة الدين فى حق المؤجر. فمتى ينفذ التنازل فى مواجهة المؤجر؟ فالامر يتعلق اذن بنفاذ حوالة الدين فى حق المؤجر، والقاعدة العامة فى هذه الحوالة أنها لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها (م ١/٣١٦ مدنى) فهل تنطبق هذه القاعدة العامة فى حوالة الدين على التنازل عن الايجار، ولا تبرأ ذمة المستأجر من التزامات نحو المؤجر ويصبح المتنازل له هو المدين بها إلا من الوقت الذى يقر فيه المؤجر التنازل؟[1].

بطبيعة الحال لا يمكن أن يعيننا القانون الفرنسى فى هذه المسألة، إذ أن هذا القانون لا يعرف حوالة الدين، وقد رتب الفقه والقضاء فى فرنسا على ذلك أن المستأجر فى التنازل عن الايجار يبقى هو المدين نحو المؤجر ولا يصبح المتنازل له مديناً لهذا الاخير، فالمستأجر إذا كان يستطيع أن ينقل حقوقه لا يستطيع أن ينقل التزاماته، على النحو السابق بيانه، وقد كان هذا هو أيضاً الحكم فى التقنين المدنى المصرى القديم حيث أنه كان لا يعرف أيضاً حوالة الدين.

وعندما وضع التقنين المدنى الجديد نظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين، ويترتب على ذلك أنه يمكن أن نقرر دون صعوبة أن المستأجر تبرأ ذمته من التزاماته نحو المؤجر وتنتقل هذه الالتزامات إلى المتنازل له، لكن يبقى أن نعرف متى يتم هذا الانتقال؟ وهل نطبق فى هذه المسألة القاعدة العامة فى حوالة الدين فلا تبرأ ذمة المستأجر من التزاماته إلا من وقت أن يقر المؤجر التنازل؟

يجيب الفقه المصرى على هذا التساءل بالايجاب. ويذهب إلى تطبيق القاعدة العامة فى حوالة الدين، فلا تبرأ ذمة المستأجر عن التزاماته نحو المؤجر إلا من وقت أن يقر المؤجر التنازل. أما قبل ذلك، فان المتنازل له لا يكون ملزماً مباشرة نحو المؤجر، بل يكون ملزماً نحو المستأجر بالوفاء بهذه الالتزامات للمؤجر فى الوقت المناسب (م ١/٣١٧ مدنى).

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٢.

ويقول الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور «فقبل الاقرار يبقى المستأجر المتنازل ملتزماً قبل المؤجر بالالتزامات التى يفرضها عليه عقد الايجار، وعلى ذلك يلتزم كل من المتنازل له والمتنازل نحو المؤجر، لأن الاول قد التزم بهذه الالتزامات بمقتضى الحوالة، والثانى لم تبرأ ذمته منها ما دام المؤجر لم يقبل الحوالة، ولهذا نص المشرع فى المادة ٥٩٥ على أنه «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته»[١].

ويتشكك الاستاذ الدكتور السنهورى فى هذا الرأى، بالرغم من اجماع الفقه عليه، على اساس «أن حوالة دين المستأجر تختلف عن حوالة الدين بوجه عام فى شئ هام. ففى حوالة الدين بوجه عام لم يكن الدائن قد أقر الحوالة مقدماً قبل حصولها، ولذلك صح أن يقال فى هذا الصدد: «أن الدائن حر فى اقرار الحالة أو رفضها ولا شئ يجبر الدائن على اقرار الحوالة، مهما يكون المحال عليه مليئاً، حتى لو كان أكثر ملاءة من المدين الاصلى،.... فليس الدائن ملزماً أن يغير مدينه حتى إلى مدين أفضل، فهذا أمر يرجع تقريره إليه هو، وإذا رفض اقرار الحوالة فلابد أن يكون من الاسباب ما يبرر فى نظره الرفض، وهذا كاف ولا تعقيب عليه فى تقريره، بل هو لا يسأل عن أسباب رفضه»[٢].

«فهل هذا القول ينطق على المؤجر فى حالة تنازل المستأجر عن الايجار؟ أليس المفروض أن المؤجر، ما دام لم يمنع المستأجر من التنازل بموجب الشرط المانع، قد قبل مقدماً أن يتنازل المستأجر عن الايجار والتزم بهذا القبول بموجب عقد الايجار نفسه[٣]، ففيم اذن نوجب اقرار المؤجر للتنازل حتى يكون نافذاً فى حقه، وهذا الاقرار أمر مفروغ منه وقد افترض القانون انه قد صدر فعلاً من المؤجر منذ أن أبرم عقد الايجار ولم يدرج فيه الشرط المانع؟ وإذا نحن أوجبنا عرض التنازل على المؤجر ليقره، أيملك هذا ألا يفعل وهو ملزماً بأن يقره كما سبق القول؟ أليس من العبث أن نتقدم إلى المؤجر فى اقرار التنازل ونحن نعلم أنه لا يملك إلا أن يقره؟»[٤].

---

(١) المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، وقارن عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨، محمد كامل مرسى، الايجار، فقرة ١٩٣ ص ٢٤٧ - ٢٤٨، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٤١٥ - ٤١٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فلفقرة ٢٥٧ ص ٥٩٠ وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩١، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١١١، ١١٢، عبد المنعم فرج الصده، الايجار، فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٢.

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٣، فقرة ٣٢١ ص ٥٧٥.

(٣) قارن مع ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٤٠٧ هامش ١ ومع ذلك انظر ما قرره فى فقرة ٢٧٣ ص ٤٢٨.

(٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٤.

لذلك يذهب الدكتور السنهورى إلى اعتبار التنازل عن الايجار نافذاً فى حق المؤجر دون حاجة إلى اقراره، فان هذا الاقرار قد صدر منه مقدماً منذ صدور عقد الايجار. وتبرأ ذمة المستأجر من التزاماته بمجرد التنازل، ومن هذا الوقت أيضاً يصبح المتنازل له هو المدين بهذه الالتزامات للمؤجر»[1] ويستدرك الدكتور السنهورى فى الهامش فيقول «يبقى أن المؤجر قد لا يعلم بالتنازل عن الايجار، ولكن هذا ليست له أهمية عملية، فالمؤجر، إذا كان لا يعلم بالتنازل، سيطالب المستأجر بالتزاماته، وعند ذلك يخطره المستأجر بالتنازل، فإذا شاء المؤجر التحفظ، أخطر المستأجر بأنه سيرجع على المتنازل له ولكن دون أن يخلى ذمة المستأجر من الضمان. وإذا لم يتحفظ المؤجر على هذا النحو يكون قد قبل التنازل بعد حصوله قبولاً ضمنياً، فتبرأ ذمة المستأجر من الضمان كما سيأتى. ومن ذلك يرى أن التنازل ينفذ أثره فى حق المؤجر من وقت حصوله، أما اخطار المؤجر به فالمقصود منه أن يعلم هذا أن المتنازل له قد أصبح هو المدين له»[2].

ويضيف الاستاذ الدكتور السنهورى إلى ما تقدم أنه «ومن أجل هذا أراد المشرع، بعد أن استغنى عن اقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفياً بالاقرار الضمني الصادر قبل التنازل، إلا يحرم المؤجر من تأمين تكميلى، فيجعل المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته كما سنرى، وأبقى هذا الضمان مقترناً بالاقرار الضمنى الصادر قبل التنازل حتى إذا صدر من المؤجر اقرار لاحق للتنازل فان ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمان»[3].

ونجد الاستاذ الدكتور السنهورى يكشف، وبدون قصد، عن حقيقة التنازل عن العقد فيقول «وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافيا لحلول المتنازل له محل المستأجر (المتنازل) فى جميع الحقوق. والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكنه يبقى ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات (طبقاً لنص القانون ٥٩٥ مدنى)، فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر من هذا الضمان[4].

وأهم ما يلاحظ على رأى الاستاذ الدكتور السنهورى بصدد نفاذ حوالة الدين هو عدم تناسقه مع رأيه فى نفاذ حوالة الحق والتى يعتبرها سارية فى حق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل حتى يفى بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، دون

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع ص ٧١٥
(٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، هامش ١.
(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.
(٤) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.

حاجه إلى قبوله أو اعلانه الرسمى، بينما بصدد حوالة الدين لم يشترط حتى مجرد الاخطار رغم خطورة حوالة الدين عن حوالة الحق لما تؤدى إليه من تغيير شخص المدين وهو أمر له خطورته كما قرر الاستاذ الدكتور السنهورى نفسه عند الكلام عن القواعد العامة لحوالة الدين والسابق الاشارة إليها.

كما أنه لا يمكن بأية حال تفسير عدم اشتراط المؤجر وقت الايجار عدم التنازل عن الايجار بأنه اقرار مسبق لهذا التنازل، الذى قد يتم أو قد لا يتم، فلم يخطر ببال الاطراف ولم يدر بخلدهم، أى لم تتجه إلى ذلك ارادتهم لا الصريحة ولا الضمنية، وأن القول بغير ذلك هو محض افتراض يخالف الواقع وصريح حكم القانون فى هذه الحالة، إذ يجب أن ينصب الاقرار على عملية التنازل ذاتها التى أبرمها المستأجر، وهذا لا يتسنى ولا يتحقق إلا بعد انعقادها[1].

رابعاً: التحليل المقترح: وجوب الاخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة للتنازل:

نحن نرى أن طبيعة التنازل، باعتباره حلول شخص محل شخص آخر فى علاقة قانونية، تفرض ضرورة قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، أى قبول أن يكون المتنازل له، بدلاً من المتنازل، طرفاً معه فى العلاقة القائمة، وحيث أن التنازل عن العقد يعتبر تنازلاً عن المركز العقدى أو الصفة العقدية فى العلاقة القانونية القائمة، بما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وما يشتمل عليه من حقوق ترخيصية وأى آثار قانونية أخرى مترتبة على ذلك المركز أو هذه الصفة، لذلك فان المتنازل لا يمكن أن يخرج من هذه العلاقة طالما أن المتنازل لديه لم يقبل هذا التنازل، وهذا ما يفرضه الاثر النسبى والقوة الملزمة للعقد.

أما بالنسبة لمعرفة أثر تخلف قبول المتنازل لديه على اتفاق التنازل فيما بين المتنازل والمتنازل له، فانه يجب أن نقرر بداءة أن المتنازل، فى هذه الحالة، يبقى ملتزماً فى مواجهة المتنازل لديه، ثم بعد ذلك فان الامر مرجعه إلى الارادة، ارادة الاطراف سواء فى عقد التنازل أو فى العقد المتنازل عنه.

فإذا كان العقد المتنازل عنه قد جعل التنازل مشروط بموافقة الطرف الآخر فيه، المتنازل لديه، فان التنازل، فى مثل هذه الحالة، لا وجود له، بل وان ابرم مثل هذا التنازل يعتبر فى ذاته عدم تنفيذ للالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، مما قد يؤدى إلى الفسخ.

---

(1) انظر فى نفس هذا المعنى منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧ ص ٥٨١، وانظر فى فرنسا Ph. Malauraie op. cit, p 234.
وانظر نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٥، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٩ ص ٦١.
ونقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢١ مجموعة أحكام النقض، س ٢٩ ص ١٥١٠.

لكن يجب، علاوة على ذلك، أن نفحص عقد التنازل ذاته، حيث أن المتنازل والمتنازل له يمكنهما تحديد نطاق التزاماتهما، فإذا أعلن المتنازل أنه لا يرغب فى التنازل عن حقوقه إلا إذا برأت ذمته من الالتزامات المقابلة، فان الامر بات واضحاً، حيث ان قبول المتنازل لديه أصبح ضرورياً لوجود التنازل ذاته، ورفضه يجعل هذا الاتفاق عديم القيمة. أما إذا قبل المتنازل بأن يبقى مديناً للمتنازل لديه، رغم التنازل، فان هذا لا يمنع من انتقال الحقوق إلى المتنازل له، وان كان هذا لا يمثل الوضع العادى للتنازل. فالوضع العادى للتنازل يستلزم التنازل عن المركز العقدى أو صفة المتعاقد، بما يتضمنه ذلك عن حقوق والتزامات، مما يتحتم منه خروج المتنازل من العقد المتنازل عنه، وبالتالى براءة ذمته من التزاماته.

المبحث الثاني
آثار التنازل عن العقد

سبق أن رأينا أن التنازل عن العقد لا يعدو أن يكون اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات فى علاقة قانونية قائمة من قبل. فالتنازل عن العقد يتولد عنه علاقات ثلاثية: علاقة بين المتنازل والمتنازل له، وعلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وعلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ولندرس هذه العلاقات الثلاث على التوالى.

المطلب الأول
العلاقة بين المتنازل والمتنازل له

هذه العلاقة يتأثر مداها بالطبيعة القانونية للتنازل التى نتبناها، كما أن مضمون هذه العلاقة يختلف بالنسبة للمتنازل عنه بالنسبة للمتنازل له. فلندرس هاتين النقطتين على التوالى.

أولاً: مدى هذه العلاقة واثر طبيعة التنازل عليه

هذه العلاقة تنشأ مباشرة عن اتفاق التنازل. ولذلك فان نطاق ما ينشأ عنها من حقوق والتزامات لكل من الطرفين يتحدد وفقاً لهذا الاتفاق. واتفاق التنازل عن العقد هو اتفاق ملزم للجانبين يعتبر كل من الطرفين دائن ومدين فى نفس الوقت. فالمتنازل يتخلى عن حقوقه الناشئة من العقد المتنازل عنه للمتنازل له فى مقابل تحمل هذا الاخير بالالتزامات التى تقع على عاتقه من هذا العقد. وقد يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

فإذا كان هناك مقابل للتنازل فان المتنازل له يدفعه للمتنازل إلى جانب تحمله بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه – فمثلاً لو كان العقد المتنازل عنه عقد ايجار فان المتنازل له يدفع للمتنازل مقابل لهذا التنازل بالاضافة إلى الاجرة التى يلتزم بها المتنازل له للمؤجر (المتنازل لديه) وهى نفس الاجرة التى كان يدفعها المستأجر (المتنازل)، وهى فى العادة تدفع اقساطاً، ثم هى مضمونة بإمتياز المؤجر، وهى فى ذلك تختلف عن مقابل التنازل.

وقد يكون التنازل عن العقد بغير مقابل. ويقع ذلك بوجه خاص إذا باع المستأجر متجراً انشأه على العقار المؤجر وتنازل في الوقت ذاته عن الايجار لمشترى المتجر. فانه فى هذه الحالة لا يتقاضى مقابلاً محدداً عن التنازل عن الايجار، أو هو ان تقاضى مقابل فانه يدخل فى جملة ما يدفعه المشترى ثمناً للمتجر[1].

---

(١) السنهورى المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٠

ويتضح مما سبق أنه فى التنازل عن العقد نجد أن العقد المتنازل عنه نفسه «هو الذى يتحول إلى المتنازل له بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون أى تحوير فيها، ويحل المتنازل له محل المستأجر فى كل ذلك، ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلاً من المستأجر الاصلى»[١].

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٥٩٥ مدنى يؤكد هذا المعنى، إذ كان يجرى على الوجه الآتى: «فى حالة التنازل عن الايجار يحل المتنازل إليه، فى علاقته مع المؤجر، محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ومع ذلك يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل إليه فى تنفيذ التزاماته». وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى: «ففى التنازل عن الايجار يحل المتنازل إليه محل المستأجر فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار، ويكون هذا بمثابة الحوالة فى الحقوق والديون فى وقت واحد» وقد حذف الحكم الخاص بعلاقة المتنازل له بالمؤجر فى لجنة المراجعة «اكتفاء بتطبيق القواعد العامة وأحكام الحوالة»[٢].

ويبدو لنا أن تبرير المذكرة الايضاحية للحذف لم يكن موفقاً، وذلك لأنه رغم وضوح جوهر فكرة التنازل فى ذهن واضعى التقنين المدنى المصرى إلا أنهم لم يمكنهم التخلص كلية من تصوير الفقة التقليدى فى فرنسا للتنازل عن العقد[٣]. كما قد تأثر بذلك الفقه المصرى فيما بعد.

فالتنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحقوق والديون فى وقت واحد منظور إلى كل منها على حدة، وانما هو عبارة عن التنازل عن الرابطة العقدية كاملة، وباعتبارها وحدة واحدة، أو بعبارة أخرى التنازل عن المركز العقدى فى رابطة عقدية موجودة من قبل. وهذا التحليل يستند إلى مبررات شخصية ومبررات موضوعية فى نفس الوقت:- فقصد المتعاقدين فى اتفاق التنازل لا يرمى إلى الفصل بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقد، وانما على العكس يهدف إلى التنازل عنهما معاً كوحدة واحدة، كما أن محل التنازل ليس مجرد الجمع الحسابى بين الحقوق والديون وانما هو شئ اكثر من ذلك، أنه التنازل عن «صفة المتعاقد» فى الرابطة العقدية الموجودة. فالعقد المتنازل عنه فى ذاته عقد ملزم للجانبين. وفى العقود الملزمة للجانبين يكون كل طرف بها دائن ومدين فى نفس الوقت، كما أنه

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.
(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية، ٤٥ ص ٥٦٣ - ٥٦٥.
(٣) انظر فى ذلك
Ph. Malaurie, op. cit, J. Ghestin rapport, op. cit.

ينشأ عن هذه العقود حقوق والتزامات متقابلة ومتداخلة، وهذه وتلك تكون وحدة واحدة، حيث أن هذه العناصر وتلك الآثار غير قابلة للانقسام.

وما يعزز هذا التحليل تطور فكرة الالتزام ذاتها. فلم يعد الالتزام مجرد رابطة شخصية محضة فحسب. وانما أصبح أيضاً قيمة مالية، عنصراً من عناصر الذمة المالية. وهذا يعنى أن العقد ذاته أصبح، وذلك بعد تطور طويل، قيمة مالية، قيمة اقتصادية قابلة أيضاً للانتقال مثله مثل أى عنصر من عناصر الذمة المالية[١].

وعلى ذلك فان التنازل عن العقد ليس إلا تنازلاً عن رابطة عقدية موجودة من قبل، وبما تتضمنه من حقوق والتزامات، ومنظوراً إليها باعتبارها وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة. ولهذا فان المتنازل لديه لا يمكنه أن يرجع على المتنازل له بما له من حقوق إلا إذا قبل هذا الأخير التحمل بالالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. وهذا ليس إلا تطبيقاً لمبدأ التقابل بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود الملزمة للجانبين[٢].

فالتنازل عن العقد ليس مجرد حوالة للحقوق والديون فى وقت واحد، وانما هو شئ أكثر من ذلك، حيث يتضمن أيضاً انتقال الحقوق الترخيصية Les droits potestatifs.

وان كانت فكرة الحقوق الترخيصية لم تأخذ مكانها المناسب بعد فى القانون الوضعى الفرنسى والمصرى، إلا أنها موجودة فى شكل تطبيقات متناثرة فى القانون الوضعى[٣]. ومهد فكرة الحقوق الترخيصية هو القانون الالمانى والقانون الايطالى، وقد انتقلت إلى القانون السويسرى مع بعض التحفظ وتحت اسم Les droits formateurs[٤].

ولالقاء نظرة سريعة على فكرة الحقوق الترخيصية، نرجع إلى بعض تطبيقاتها فى القانون الوضعى: فنجد ان هناك الحقوق الترخيصية الذاتية أو

---

(١) Larroumet, op. cit, no 103. pp 244 - 246.

(٢) CF. Larroumet, op. cit, no 103 et 104 pp. 242 - 249

(٣) انظر مع ذلك

- Louis Boyer, les promesses synallagmatiques de vente, Rev. tr. dr. civ. 1949, p 26, no 27; Rep. civ: 2e ed: 1971. Vo contrats et Conventions no 127; Lapp. la cession de contrat, thèse prècitèe, no 20 et 29- 32; I. Najjar le droit d'option, Thèse, Paris 1967.

وانظر أحمد سلامة، القانون الزراعى – الملكية والايجار ١٩٧٧، فقرة ٣٩ ص ٩٢ حيث أنه يشير إلى أن الحق فى توفيق أوضاع الاسرة طبقاً لقوانين الاصلاح الزراعى يعتبر حق ترخيصى un droit formateur وانظر نقض مدنى فى ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٩ ص ٣٥٧.

(٤) Larroumet, op. cit, no 103. pp 244 - 246.

المستقلة les droits potestaitfs autonomes، مثل اعلان الرغبة فى الوعد بالتعاقد، وإلى جانب ذلك هناك الحقوق الترخيصية المساعدة Les droits potestaitfs auxiliares، ومثلها حق الانهاء بالارادة المنفردة للعقود غير المحددة المدة، حق طلب ابطال العقد لعيب من عيوب الارادة أو لنقص الاهلية، أو حق طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، أو حق اعذار المتعاقد، أو حق اختيار محل الوفاء فى الالتزامات التخييرية.

ويمكن القول بصفة عامة أن الحقوق الترخيصية هى الحقوق التى تسمح لاصحابها باستعمالها بإرادتهم المنفردة، وينشأ عنها مركز قانونى جديد منشئ لحقوق والتزامات. وهذه الحقوق لها قيمة مالية. أما بالنسبة للحقوق الترخيصية المساعدة، فأنها ترتبط بمركز عقدى معين اكثر من ارتباطها بشخص معين - ويترتب على ذلك أنها تنتقل بالتبعية لانتقال المركز العقدى المرتبطة به.

والمثل الواضح على ذلك هو التنازل عن العقد غير المحدد المدة، ففى مثل هذا العقد نجد أن القانون يخول لمن تعاقد لمدة غير محددة سلطة انها العقد بالارادة المنفردة. وهذا المتعاقد يستعمل هذا الحق كلما وجد أن العقد لم يعد يحقق مصالحه. ومركز هذا المتعاقد يمكنه من استعمال هذا الحق لأنه هو الذى يستطيع أن يقدر ما إذا كان العقد مازال يحقق مصالحه أم لا، أى تقدير ما يعود عليه من نفع وما يلحقه من خسارة، حيث أنه صاحب هذا المركز، فى جانبه الايجابى والسلبي، ولهذا لنا أن نتساءل عن الفائدة التى يمكن أن يجنيها شخص أجنبى، ليس طرفاً فى العقد، عندما يطلب انهاء هذا العقد؟ كما أن انتقال حق الانهاء ليس له أى معنى عندما يكون حوالة حق فقط، لأن المحال له لا يرى أى داع لوضع حد لمركز لا يمثل إلا فائدة محضة له. كما أن المحيل لا يمكن أن يطلب الانهاء وإلا رجع عليه المحال له بالضمان. ولذلك لا تبدو مصلحة المتنازل له، فى التنازل واضحة فى انهاء العقد إلا إذا كان قد وضع فى نفس مركز المتنازل، أى يوجد تنازل عن المركز العقدى ذاته، بما يتضمنه من حقوق والتزامات.

ويترتب على ذلك أن حق طلب انهاء العقد غير المحدد المدة، كحق ترخيصى، ينتقل مع المركز العقدى، مع العقد، بينما لا يمكن نقله استقلالاً، أو نقله مع مجرد حوالة الحق.

وقد وجدنا في ثنايا كتابات بعض الفقهاء فى مصر[1]، ما يدل على ذلك، حيث يرى هؤلاء الفقهاء فى التنازل عن الايجار أن «عقد الايجار نفسه هو الذى

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.

يتحول إلى المتنازل إليه بجميع ما يشتمل من أركان وحقوق والتزامات وشروط ودون تحوير فيها، ويحل المتنازل إليه محل المستأجر (المتنازل) فى كل ذلك ويصبح هو المستأجر فى عقد الايجار بدلا من المستأجر الاصلى» «ويترتب على ذلك أن الاسباب المتعلقة بالمستأجر ويكون من شأنها انهاء عقد الايجار أو فسخه، كالموت أو الاعسار أو الافلاس أو الاخلال بالالتزام، يرجع فيها لا إلى المستأجر (المتنازل) بل إلى المتنازل له عن الايجار[1] لأن المتنازل قد أصبح بالتنازل هو المستأجر وانقطعت صفة المستأجر المتنازل[2].

رواضح من هذا العرض أثر طبيعة التنازل عن العقد على مدى العلاقة بين المتنازل والمتنازل له. وهذا يؤكد مرة أخرى أن للتنازل عن العقد طبيعة خاصة تختلف عن مجرد حوالة الحقوق والديون فى نفس الوقت.

ثانياً: مضمون هذه العلاقة

ولتحديد مضمون هذه العلاقة ينبغى أن نتعرف على التزامات كل من المتنازل والمتنازل له.

١- التزامات المتنازل

ينشئ اتفاق التنازل على عاتق المتنازل التزامين أساسيين: الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم.

بالنسبة للالتزام بالضمان، فان المتنازل لا يضمن إلا وجود العقد وصحته، وقابليته للتنازل، وبصفة خاصة ما ينشأ عنه من حقوق. وعلى ذلك فإذا كانت هذه الحقوق قد انقضت لأى سبب من أسباب الانقضاء، أو أنها زالت نتيجة المطالبة بالفسخ، أو أنها قد شلت نتيجة الدفع بالبطلان أو الابطال، فان المتنازل يكون ضامناً. فالمتنازل لا ينقل إلى المتنازل له من حقوق أكثر مما هو ثابت له[3].

وعلى العكس من ذلك فان المتنازل لا يضمن للمتنازل له يسار المتنازل لديه، ما لم يتفق على ذلك صراحة. كما أن ضمان المتنازل لا يمتد ليشمل ضمان تنفيذ العقد المتنازل عنه من جانب المتنازل لديه. وعلى ذلك فان المتنازل يستحق المقابل المتفق عليه فى اتفاق التنازل حتى لو لم يقم المتنازل لديه بتنفيذ العقد

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨، ٦٩٩ هامش ٣.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ٣، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٣٧٩ هامش ٢، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٨، ص ٣١٦ وانظر ما يؤكد ذلك أيضاً، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٧ هامش ١

(٣) Civ 22 Janv 1957. D. 1957. 598; Civ 3- 24 oct. 1968. Bull: civ: III, no. 409.

المتنازل عنه[1] إذ يكون للمتنازل له فى هذه الحالة أن يستعمل الحق فى طلب الفسخ الذى إنتقل إليه من المتنازل كأثر للتنازل عن العقد. كما أن المتنازل لا يضمن للمتنازل له التعرض الصادر من الغير. وإذا كان المتنازل لديه ملتزماً طبقاً للعقد المتنازل عنه بتسليم شئ معين فان المتنازل لا يلتزم بضمان العيوب الخفية فى هذا الشئ.

ويمكن الاتفاق على تشديد التزام المتنازل بالضمان أو تخفيفه. ولذلك يمكن أن يتفق على أن يضمن التنازل ليس فقط يسار المتنازل لديه، وانما يضمن أيضا تنفيذ هذا الاخير للعقد المتنازل عنه. وعلى العكس يمكن للمتنازل أن يخفف من التزامه بالضمان بالاتفاق على اعفائه حتى من ضمان وجود العقد وصحته، إلا فى حالتى الغش والخطأ الجسيم. وان كان يجوز له ان يتفق على اعفائه من هذا الالتزام حتى فى حالتى الغش والخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ الالتزام (انظر م ٢/٢١٧ مدنى مصرى).

ومضمون التزام المتنازل بالضمان على هذا النحو يكشف الفرق الجوهرى بين التنازل عن العقد والبيع.

أما بالنسبة للالتزام بالتسليم، فان المتنازل يلتزم بأن يسلم العقد المتنازل عنه إلى المتنازل له. ويعتبر المتنازل مسئولاً فى مواجهة المتنازل له إذا كانت الحقوق التى انتقلت فعلاً إلى هذا الاخير لا يتفق نطاقها مع ما هو متفق عليه، أو إذا كانت الاعباء التى انتقلت إلى المتنازل له اشد مما كان يعتقد فى اضطلاعه بها طبقاً "العقد المتنازل عنه. والقاضى يقدر فى مثل هذه الحالات ما إذا كان عدم التنفيذ يكفى لفسخ اتفاق التنازل من عدمه، أو إذا كان هناك محل للتعويض من عدمه.

كما يجب على المتنازل أن يعطى التنازل له كافة المستندات والاوراق اللازمة لاثبات العقد المتنازل عنه أو التى تخول له ممارسة حقوقه الناشئة عن هذا العقد. وهذا الأمر لا يصدق إلا فى حالة براءة ذمة المتنازل كلية فى مواجهة المتنازل لديه.

٢- التزامات المتنازل له

ولما كان محل التنازل عن العقد هو الرابطة العقدية، بما تتضمنه من حقوق والتزامات، بين المتنازل والمتنازل لديه، والذى أدى التنازل إلى حلول المتنازل له فيها محل المتنازل، فانه بطبيعة الحال سيلتزم المتنازل له بالالتزامات التى كانت

(١) Civ.6 Juin 1857; D. P. 57. 1: 289. Vo aussi Ch Lapp: Encyclopidie Dalloz Cession de contrat. no 35, 36. 37 p.3.

تقع على عاتق المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه. جملة القول أن المتنازل له يلتزم بمقتضى اتفاق التنازل أن يدفع مقابل هذا التنازل. إذا كان التنازل بمقابل، بالاضافة إلى التزامه بكافة الالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه والتى كان يلتزم بها المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه.

لكن هل يلتزم المتنازل له، فى العقود المستمرة، بدفع ما كان مستحقاً على المتنازل عن الفترة السابقة على التنازل، والذى لم يقم بالوفاء به؟ فى الحقيقة أن المتنازل له لا يلتزم، كقاعدة عامة، إلا عن الالتزامات التى تستحق ابتداء من تاريخ التنازل، هذا ما لم يوجد اتفاق على خلافه. فإذا اضطر المتنازل له إلى الوفاء بما كان مستحقاً على المتنازل له عن الفترة السابقة على التنازل وذلك نتيجة لالتجاء المتنازل لديه للدفع بعدم التنفيذ، فانه يكون له أن يرجع بما وفاه على المتنازل وذلك طبقاً لقواعد دفع غير المستحق، ما لم يكن ضامناً له فى التنفيذ أو لم يكن قد برأت ذمته فى مواجهة المتنازل لديه.

المطلب الثاني

العلاقة بين المتنازل له والمتنازل لديه

سبق أن رأينا أن التنازل عن العقد اتفاق يحل بمقتضاه المتنازل له محل المتنازل فى رابطة عقدية قائمة من قبل، وبما تتضمنه هذه الرابطة من حقوق والتزامات. فالمتنازل له يحل محل المتنازل، فيما له من مركز عقدى، فى صفته العقدية. فالعقد المتنازل عنه نفسه هو الذى يحول إلى المتنازل إليه **بجميع ما يشتمل عليه من أركان وحقوق والتزامات وشروط دون تحوير فيها..»**[1] «فإذا ما حل المتنازل له محل المتنازل، فأنه لا يوجد إلا عقد ايجار واحد يقوم بين المؤجر (المتنازل لديه) وبين المتنازل له ويخرج المستأجر (المتنازل) **بذلك من هذه العلاقة، ويفقد بالتالى صفته كمستأجر، مع انتقال هذه الصفة إلى المتنازل له»**[2].

وبعد التنازل لم يعد المتنازل دائناً للمتنازل لديه ولا مديناً له، فاختفت بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له وأصبحت العلاقة بين هذين الاخيرين علاقة مباشرة[3] «وعلى ذلك يكون التنازل وحده كافياً لحلول المتنازل له محل «المتنازل» فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، فتنتقل الحقوق من ذمة المتنازل، وتبرأ ذمته من الالتزامات[4].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٦٧ ص ٦٩٨.
(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٣٨ ص ٣١٦.
(٣) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٤ ص ٧١١.
(٤) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

وعلى ذلك فانه نتيجة للتنازل تقوم علاقة مباشرة بين المتنازل لديه والمتنازل له، بموجبها يستطيع المتنازل لديه أن يطالب المتنازل له بجميع التزامات المتنازل، ويستطيع المتنازل له أن يطالب المتنازل لديه بجميع حقوق المتنازل. فيكون لكل منهما أن يرفع دعوى مباشرة على الآخر، ويختفى من بينهما المتنازل كوسيط[1].

ويترتب على ذلك أن للمتنازل لديه أن يتمسك قبل المتنازل له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المتنازل وقت نفاذ التنازل فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد التنازل، ومن ثم يجوز للمتنازل لديه أن يدفع رجوع المتنازل له عليه بأن عقد التنازل باطل، وبأن هذا العقد غير نافذ فى حقه لأنه أخل بشرط مانع فى العقد المتنازل عنه. كذلك يجوز للمتنازل لديه أن يحتج على المتنازل له بأن العقد المتنازل عنه ذاته باطل أو قابل للابطال ويطلب ابطاله أو قابل للفسخ ويطلب فسخه، وله أن يحتج إذا رجع عليه المتنازل له بتعويض ناشئ عن عدم تنفيذ العقد المتنازل عنه بمقاصة قضائية تقع بين هذا التعويض وبين ما تأخر فى ذمة المتنازل[2].

وكذلك يجوز للمتنازل لديه أن يرفع دعوى مباشرة على المتنازل له ليطالبه فيها بالتزامات المتنازل نحوه والناشئة من العقد المتنازل عنه والتى حل فيها المتنازل له محله.

ويفسر الفقه والقضاء فى مصر بأن التنازل عن العقد ما هو إلا حوالة حقوق وحوالة ديون فى وقت واحد. وعلى ذلك فان المتنازل، باعتباره دائناً، يحول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له، فيحل هذا الأخير محله ويصبح هو الدائن المباشر للمتنازل لديه، وذلك طبقاً لقواعد حوالة الحق[3].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٨٣ ص ٧٢٥، ٧٢٦. وانظر نقض مدنى فى ١٩٣٦/٤/١٦ الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض المصرية منذ انشائها عام ١٩٣١، حسن الفكهانى، وعبد المنعم حسنى، الاصدار المدنى، الجزء الثالث، ١٩٨٢، ص ٧٥٢ رقم ١٣٥٨ وأيضاً نقض مدنى فى ١٩٧٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض، س ٢٧ ص ٥٥٦، الموسوعة ص ٧٦٤ رقم ١٣٨٠.

(٢) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٤ ص ٧٢٦، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥٩٥ عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ١.

(٣) انظر السنهورى، المرجع السابق، نفس الموضع، سليمان مرقس، نفس الموضع، عبد الفتاح عبد الباقى، نفس المرجع، نفس الموضع، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٧ ص ٥٨٢، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٢٠٣، ص ٢٧٦، توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ١٥٩ ص ٣٧١ وانظر الاحكام السابق الاشارة إليها، بالاضافة إلى نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢ السابق الاشارة إليه، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٢١ السابق الاشارة إليها، بالاضافة إلى نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢ السابق الاشارة إليه، نقض مدنى فى ١٩٧٨/٦/٣١ السابق الاشارة إليها.

وبالرغم من هذا التفسير السائد نجد أن الفقه فى مصر يؤكد على أن الاسباب المتعلقة بشخص المستأجر والتى من شأنها أن تنهى الايجار، كالاعسار والافلاس والوفاة، يعتد فيها بشخص المتنازل لـه لا بشخص المستأجر، لأن المتنازل لـه قد أصبح هو المستأجر[1]. كما أنه إذا كان العقد المتنازل عنه ثابتاً فى سند رسمى، فان المتنازل لديه يستطيع أن ينفذ مباشرة بموجب هذا السند الرسمى على أموال المتنازل له كما كان له أن ينفذ بموجب هذا السند على أموال المتنازل، حتى لو كان عقد التنازل غير ثابت فى سند رسمى[2].

فالتنازل عن العقد يترتب عليه حلول المتنازل له محل المتنازل فيما لـه من حقوق وما عليه من التزامات فى رابطة قانونية قائمة، ولذلك فانه يترتب عليه انتقال الحقوق والالتزامات بجميع مقوماتها وخصائصها وصفاتها وأوصافها وضماناتها ودفوعها وتوابعها، كالحقوق الترخيصية، وغيرها من الدعاوى التى تؤكد الحق. فالتنازل ليس مجرد حوالة حقوق وحوالة ديون وانما هو شئ أكثر من ذلك، فهو حلول المتنازل له محل المتنازل فى مركزه العقدى، أو صفته العقدية، فى رابطة قانونية موجودة من قبل، بكل ما يتضمنه ذلك من حقوق والتزامات وغيرها من أوصاف أو آثار قانونية أخرى على النحو السابق بيانه[3].

وهذا الذى نقول به يتفق وطبيعة التنازل الخاصة ولا يتعارض مع المبادئ العامة فى القانون المدنى المصرى، بينما نجد صعوبات كثيرة تصادفه فى القانون المدنى الفرنسى، وذلك لأن التقنين المدنى الفرنسى لا يعرف حوالة الدين، وبالرغم من ذلك نجد أن الاتجاه الحديث فى القانون الفرنسى يذهب إلى التسليم بالطبيعة الخاصة للتنازل عن العقد[4] بل ويذهب البعض إلى أنه يترتب على مجرد التنازل عن العقد قيام علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه[5].

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق فقرة ٢٧٥ ص ٤٣١ هامش ٣، سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩ ص ٥٩٦، هامش ٢، السنهورى، المرجع السابق، فقرة ص ٦٩٨، ٦٩٩، هامش ٣.

(٢) انظر السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٧ هامش ١، الوسيط جزء ٣، فقرة ٢١٤، وعبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق، فقرة ٣٨٣ ص ٤٤٤ هامش ٤.

(٣) انظر مثل هذه الخلاصة فى القانون المقارن.

M. Fontaine, la transmission des obligations de lage ferenda, in la transmission, op. cit, p. 646, 647.

(٤) انظر

Lapp. op.cit, nos 38 et 39. Vilar, op. cit, p. 199 et 201, Larroumet, op.cit. p 241, Raffary, op. cit., p. 140 et 145 Ph Malaurie, op, cit p: 25 à 27 et p: 79 et s. CF. P. Raynaud. les contrats ayant pour abjet une obligation, cours, D.E.A. Paris 1977, 1978.

(٥) Larroumet, op. cit, nos 110, 111, et 125 p. 290 et s.

بينما نجد القضاء الفرنسي يجعل وجود حقوق المتنازل له قبل المتنازل لديه متوقفاً على اتباع الاجراءات الشكلية الواردة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي، أي ضرورة قبول المتنازل لديه، حتى لو كان هذا القبول ضمنياً كما سبق بيانه، في الوقت نفسه يسمح بقيام حقوق المتنازل لديه مباشرة قبل المتنازل له، ودون اتباع الاجراءات الشكلية الواردة في المادة ١٦٩٠ مدني فرنسي وذلك على النحو السابق بيانه.

أما بالنسبة للفقهاء الذين يتشككون في وجود التنازل عن العقد، يترددون في السماح بقيام هذه العلاقة المباشرة. فنجد البعض يذهب إلي أن المتنازل له يمكن أن يكون دائناً للمتنازل لديه، لكن لا يمكن أن يكون مديناً له[1]، وهذا يبدو مخالفاً لطبيعة العقد الملزم للجانبين كما سبق البيان. بينما يذهب البعض الآخر منهم إلا الاعتراف للمتنازل لديه بدعوى مباشرة قبل المتنازل له ولكنهم لا يسمحون بفكرة حوالة الدين، ولذلك يضطرون إلى تبرير ذلك بالالتجاء إلى الاشتراط لمصلحة الغير الضمني الذى يكون بالتبعية للتنازل عن العقد[2] ويبدو لنا أن هذا التفسير غير مجد، ومجازى، وغير دقيق كما سبق البيان تفصيلاً.

المطلب الثالث

العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه

ان العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تعتبر من أهم العلامات المميزة للتنازل عن العقد الملزم للجانبين، وذلك لأنها تثير العديد من المشاكل الاساسية للتنازل والتى تركزت حولها الكثير من المناقشات. ومن أهم هذه المشاكل هى معرفة ما إذا كان يترتب على التنازل براءة ذمة المتنازل من التزاماته، وبالتالى خروجه من الرابطة العقدية القائمة والتى حل فيها محل المتنازل له فى مواجهة المتنازل لديه، أم أنه يبقى ملتزماً فى مواجهة المتنازل لديه إلى جانب المتنازل له؟ وإذا بقى ملتزماً، بالرغم من التنازل، فما هو مركزه القانونى هل يعتبر مديناً أصلياً مع المتنازل له، أم أنه يعتبر مجرد مديناً احتياطياً، أم أنه يعتبر مجرد ملتزم بضمان التنفيذ من قبل المتنازل له. وقد سبق أن عرضنا لهذه المشاكل تفصيلاً، والآن نعرض لها فى حدود ما يلزم لمعرفة مدى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه. ونحن نعتقد أن خير وسيلة لذلك هو أن نفرق، فى هذا الصدد، بين التنازل التام أو الكامل وغيره من صور التنازل.

---

(١) Planiol et Ripert, op. cit. tx, par. A. Tune, 1959, no 560 p. 786.

(٢) MM. Mazeaud, op. cit, no 1081.

أولاً: التنازل التام أو الكامل

La cession parfaite

والتنازل التام أو الكامل هو الذى يمثل الوضع العادى فى التنازل عن العقد، ولذلك فهو لا يثير أدنى مشكلة، وبصفة خاصة فى العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

وصورة هذا التنازل تتمثل فى أن يتم التنازل فيما بين المتنازل والمتنازل له، ثم يقبله أو يوافق عليه المتنازل لديه. فى هذه الحالة تنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، وتبرأ ذمة المتنازل من جميع التزاماته، ويخرج بالتالى من هذه العلاقة، التى يصبح طرفاها المتنازل له والمتنازل لديه.

وعلى ذلك فانه فى التنازل التام أو الكامل يوجد فى نفس الوقت حلول للمتنازل له محل المتنازل فى جميع ماله من حقوق وما عليه من التزامات، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته. ففى هذه الحالة يستمر العقد المتنازل عنه مع المتنازل له، أما المتنازل فيخرج كلية من هذا العقد، والمتنازل لديه لم يبق له سوى مدين واحد هو المتنازل له.

فى فرنسا يرى بعض الفقهاء أن بمجرد التنازل عن العقد ينشئ علاقة مباشرة بقوة القانون بين المتنازل له والمتنازل لديه. وبدون حاجة إلى قبول المتنازل لديه لهذا التنازل، بل حتى لو لم يعلن إليه(1). فبالنسبة لهؤلاء الفقهاء أنه لا يوجد تنازل عن العقد إلا فى صورته التامة أو الكاملة. فإذا ما رفض المتنازل لديه أن ينضم إلى التنازل فان هذا التنازل يصبح لا قيمة له(2).

بل أننا نجد فى مصر فى الفقهاء من يذهب إلى رأى قريب من ذلك، حيث يقرر هؤلاء الفقهاء أنه فى حالة عدم وجود شرط مانع فى العقد المتنازل عنه، فان هذا يعنى قبول المتنازل لديه سلفاً لهذا التنازل، ويترتب على ذلك نتيجة فى غاية الاهمية أنه بمجرد التنازل فان حقوق المتنازل تنتقل إلى المتنازل من وقت اخطار المتنازل لديه،(3) كما أن المتنازل له يصبح مديناً بالتزامات المتنازل فى مواجهة المتنازل لديه وتبرأ ذمة المتنازل من وقت التنازل ودون حاجة إلى اقرار المتنازل لديه، لأن هذا الاقرار قد صدر منه مقدماً منذ صدور العقد المتنازل عنه(4).

---

(1) Larroumet, op. cit, nos. 1.0. 111 et 125 p. 290 et s.

(2) Larroumet, op. cit, p. 295.

(3) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣ ومع ذلك قارن فقرة ٤٧٥ ص ٧١١، وهامش ٢.

(4) انظر السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

وبذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن التنازل يتضمن حوالة حق وحوالة دين، فالمتنازل بالتنازل قد حول حقوقه قبل المتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، فلم يصبح له حق قبل المتنازل لديه من وقت اخطاره. ولما كانت حقوق المتنازل قبل المتنازل لديه هى التزامات المتنازل لديه نحوه، فان المتنازل لديه لم يعد منذ التنازل مديناً للمتنازل. كذلك المتنازل بالتنازل قد حول التزاماته نحو المتنازل لديه إلى المتنازل له عن العقد، فلم يصبح فى ذمته التزام نحو المتنازل لديه.

ويرى من ذلك أن المتنازل لم يعد، بعد أن تنازل عن العقد، دائناً ولا مديناً له، فاختفت بذلك وساطته بين المتنازل لديه والمتنازل له عن العقد وأصبحت العلاقة بين هذين الاخيرين علاقة مباشرة. ولا تقوم أية علاقة بين المتنازل والمتنازل لديه تستند إلى العقد المتنازل عنه[1].

أيا كان الامر فى خصوص وقت قيام العلاقة المباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، ووقت براءة ذمة المتنازل من التزاماته، فان المستقر عليه فى مصر أن التنازل عن العقد فى صورته التامة أو الكاملة يتحقق من وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين فى حق المتنازل لديه[2].

ثانياً: التنازل الناقص أو التنازل الجمعى أو الضمى

La Cession imparfaite ou la cession Cumultative

- صوره

وهذا النوع من التنازل يشمل صورتين، الصورة الاولى وهى تتعلق بعدم نفاذ التنازل فى حق المتنازل لديه، أو رفضه له، والصورة الثانية تتعلق بحالة ما إذا قبل المتنازل لديه التنازل ولكن اشترط صراحة بقاء المتنازل ملتزماً فى مواجهته بالوفاء بجميع حقوقه وتنفيذ جميع التزاماته والشروط الواردة فى العقد المتنازل عنه. ولتداخل الصورتين فى الفقه والقضاء الفرنسى فاننا سنعرض أساساً لهذا الشرط الاخير ومن خلاله نتعرف على موقف الفقه والقضاء فى فرنسا من هذه المشكلة بصفة عامة.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤ ص ٧١٠، ٧١١

(٢) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٥٣ ص ٦٦٣، وفقرة ٤٧٦ ص ٧١٥ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٤٠ ص ٥٣٧، وفقرة ٢٥٨ ص ٥٩٤، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٧٩ وما بعدها، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٦٠ ص ٤٠٨ هامش ١، وفقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

- اشتراط المتنازل لديه صراحة بقاء المتنازل ملتزماً فى مواجهته:

١- نطاق هذا الشرط من حيث الاشخاص

فهذا الشرط لا يقع فقط على عاتق المتنازل وانما يمتد إلى كل المتنازل لهم المتعاقبين، أى الواقعين بين المتنازل له الاخير والمتنازل. وهذا يعنى أن المتنازل له عندما يقوم هو نفسه بالتنازل عن العقد، ثم بعد ذلك المتنازل له التالى بالتنازل مرة أخرى عن العقد، وهكذا دواليك، فان هذا الشرط يبقى سارياً على كل هذه التنازلات، وبالتالى يبقى دائماً المتنازل مسئولاً عن المتنازل له فى مواجهة المتنازل لديه(١).

وقد كان القضاء الفرنسى فيما مضى يذهب إلى العكس، لأنه كان يرى أن «المتنازل لهم المتعاقبين، بتنازلهم عن حقهم قد أعفوا من التزامهم»(٢) وهذا يعنى أن القضاء كان يسمح بالحلول فى الحقوق والالتزامات الذى يؤدى إلى براءة ذمة المتنازل من التزاماته، وهذا لا يصدق بالنسبة إلى المتنازل لهم المتعاقبين فحسب وانما يصدق أيضاً بالنسبة إلى المتنازل الاول. ولكن هذا الاتجاه يؤدى إلى أن يفرض على الدائن تغيير مدينه، وهذا أمر غير مناسب ومستحيل فى نفس الوقت. ولهذا السبب رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه وتبنت موقف آخر لا يستقيم أيضاً وحقائق الاشياء. فابتداء من ١٩٢٠ كان هناك تحول قضائى حيث أصبح من المقرر أن المتنازل والمتنازل لهم المتعاقبين لا تبرأ ذمتهم من التزاماتهم بمجرد التنازل، ما لم يفصح عن ذلك صراحة المتنازل لديه. ويتضح من ذلك أن القضاء الفرنسى تخلى عن مبدأ الترابط بين الجانب الايجابى والجانب السلبى فى العقود الملزمة للجانبين كما سبق بيانه.

٢- نطاق هذا الشرط من حيث الموضوع

ومفاد هذا الشرط من حيث الموضوع أن المتنازل مسئول، محل التنازل له، عن تنفيذ كل الالتزامات والشروط الواردة فى العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه. وعلى ذلك فيستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بتنفيذ العقد. فمثلاً فى حالة التنازل عن الايجار يستطيع المتنازل لديه أن يرجع على المتنازل ليطالبه بالاجرة. فإذا دفعها فانه يكون له حق الرجوع على المتنازل له. وفى هذه الحالة لا يستطيع المتنازل أن يستفيد من حق امتياز المؤجر، وذلك لأن التنازل ليس عقد ايجار، كما أن المتنازل ليس له صفة المؤجر. ويستطيع المتنازل أن يتغلب على هذه العقبة بأن يضمن عقد التنازل شرط فاسخ كجزاء لحالة عدم

---

(١) Civ. 20 Juill. 1920, s. 1921. I: 79; 7 Janv: 1947, J: C: P: 1947. II. 3510, note Becqué, rev tr dr: civ: 1947. 101, note Carbonnier, Soc. 9 nov. 1956. Gaz Pal. 1957 I: 120; rev: tr: dr: civ: 1957, 356 note Carbonnier.

(٢) Civ. 18 Juin 1876, S. 1876. I.475.

قيام المتنازل له بدفع الالتزامات المستحقة عليه والتى قام المتنازل بدفعها محله. هذا فيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية.

لكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أبعد من ذلك، وجعلت المتنازل مسئولاً عن الحريق الذى تسبب فيه المتنازل له، وذلك فى الحالات التى يعتبر فيها هذا الاخير مسئولاً عن هذا الحريق. وقد أشارت محكمة النقض الفرنسية، كعادتها، إلى نصوص المواد ١٧٣٣، ١٧٣٥ مدنى فرنسى[(١)]. ويبدو لنا أن هذا الحل فيه تجاوز إلى حد كبير، لأن لم يدر بخلد المتنازل قط أنه يمكن أن يعتبر مسئولاً حتى عن الحريق الذى تسبب فيه المتنازل له، وحتى إذا ما أشير عليه بأن يؤمن ضد مثل هذه المخاطر، لاعتبر ذلك أمر مجاف للعقل والمنطق.

وهكذا نجد أن التزاماً مرهقاً يقع على عاتق المتنازل دون ادنى توقع له، ودون أدنى حماية أو تأمين. ونحن نعتقد أنه لو علم بخير هذا الحكم فى الحياة العملية، فانه لا يمكن أن نتصور أن شخص يقبل أن يقدم على التنازل عن عقد أماء هذه المخاطر التى يمكن أن تقع على كاهله...

أما بالنسبة لالتزام المتنازل له برد العين المؤجرة فى نهاية الايجار، فان هناك تخبط فى قضاء محكمة النقض الفرنسية فى خصوص تحميل المتنازل عبء التعويض المستحق على المتنازل له فى حالة استمراره فى شغل العين المؤجر بدون وجه حق. فقد قضت محكمة النقض الفرنسية «بأن المتنازل ضامن لدفع الاجرة كما أنه ضامن لتنفيذ المتنازل له لعقد الايجار ولالتزامه برد العين المؤجرة عند نهاية العقد» ولذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أنه «يعتبر سائغاً قانوناً ما استخلصه قاضى الموضوع من أن المتنازلين يعتبرون ملتزمون بالتضامن حتى طرد المتنازل له أو دفع التعويض عن شغل العين بدون وجه حق، وهذا الالتزام مصدره عقد التنازل ذاته»[(٢)].

ثم بعد ذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بحكم مختلف تماماً للحكم السابق، حيث أنها قضت بعدم مسئولية المتنازل عن التعويض الناشئ عن شغل المتنازل له للعين المؤجرة بدون وجه حق، وذلك على أساس أنه لا يجوز تجاوز حدود الكفالة، وذلك استناداً إلى نص المادة ٢٠١٥ مدنى فرنسى[(٣)].

ويمكن تلخيص حيثيات محكمة النقض الفرنسية على التالى:

---

(١) Civ. 19 mai, 1971, Bull. civ. IV no 324.

(٢) Civ3 17 Juill 1568. Gaz. Pal. 1968, II: 322; Rev: tr: dr: Civ. 1969, 139 note Cornu.

(٣) Civ3 14 nov 1973. Gaz. Pal 1974: I: 275; Bull: civ: III: no 579; Rev tr dr civ 1974. 633 note Cornu.

١- حيث أن المتنازل ضامن للمتنازل له باعتباره كفيلاً، وذلك بالنسبة للالتزامات الناشئة عن عقد الايجار. ٢- وحيث أن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق ليس له الصفة التعاقدية، وانما هو مستحق بنتيجة لخطأ شبه عقدي، قد أرتكبه المتنازل له وذلك باحتفاظه بدون وجه حق بالعين المؤجرة. ٣- بناء على ما تقدم، فان الكفيل لا يمكن أن يضمن هذا الالتزام غير التعاقدى.

والتساؤل الآن هل حقاً أن التزام المتنازل له بدفع تعويض عن شغله للعين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر التزاماً غير عقدى؟ وكما لاحظ بحق M.Cornu أنه إذا كان صحيحاً أن التعويض عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق لا يعادل الايجار، وانما يقابل الضرر الذى حاق بالمؤجر، فانه مع ذلك ليس بالضرورة أنه عندما يقال تعويض يعتبر تعويضاً عن فعل غير مشروع، حيث أنه يوجد أيضاً تعويض عقدى. ففى واقع الامر أن التعويض المستحق عن شغل العين المؤجرة بغير وجه حق يعتبر تعويضا عن اخلال بالتزام عقدى، وهو الالتزام بالرد، فهو جزاء لعدم التنفيذ.

وعلى أثر هذا الحكم قد تساءل M.Cornu عما إذا كان الالتزام الذى يقع على المتنازل بدفع ما هو مستحق على المتنازل له قد بدأ فى الزوال، وهذا مما ينبئ بتطور معين فى هذا الصدد: بمعنى أنه فى التنازل عن الايجار إذا ما تم بموافقة المتنازل لديه، فانه يترتب على ذلك أن تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، أى يكون هناك تنازل تام، حلول للمتنازل له محل المتنازل فى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، وبراءة ذمة المتنازل من التزاماته[1].

ومنذ عام ١٩٥٧ و M. Carbonnier يتمنى ألا يتوقف براءة ذمة المتنازل من التزاماته إلا على قدر أدنى من رضاء المتنازل لديه بالتنازل d'un minimum d'assentiment du cedé[2] وهذا الحل المقترح مستقاه من نصوص التقنين المدنى الايطالى حيث أن المادة ١/١٤٠٧ منه تنص على انه «إذا رضى، مقدماً، أحد الاطراف بأن يقوم الطرف الآخر بأحلال غير محله فى الرابطة العقدية الناشئة عن العقد، فان هذا الحلول ينتج آثاره فى مواجهته منذ الوقت الذى يتم فيه اعلانه بالحلول أو قبوله له» وتنص المادة ١/١٤٠٨ على أنه «تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته فى مواجهة المتنازل لديه من الوقت الذى يصبح فيه الحلول نافذاً فى حق هذا الأخير. ومع ذلك فان للمتعاقد المتنازل لديه الذى يعلن عدم براءة ذمة المتنازل فى مواجهته، أن يرجع على المتنازل اذا لم يقم المتنازل له بتنفيذ التزاماته التعاقديه».

---

(١) Rev. tr. dr. civ. 1974. 633.

(٢) Rev. tr. dr. civ. 1957, 356.

وعلى ذلك فانه فى نطاق التنازل عن العقد يجب أن نرجع دائماً وأبداً إلى ارادة المتعاقدين، حيث أنها هى الحكم الفصل فى هذا الصدد فإذا كنا نكتفى بمجرد رضاء المتنازل لديه لبراءة ذمة المتنازل من التزاماته، فانه يجب على الاقل، ان تكون ارادته واضحة فى ذلك. كما أن المتنازل لديه يستطيع أن يسمح بالتنازل ولكنه يتمسك، مع ذلك، ببقاء المتنازل ملتزماً بالتزاماته، أى بعدم براءة ذمته فى مواجهته، وهذا هو موقف التقنين المدنى الايطالى.

أما فى فرنسا، ولظروف تاريخية معينة، نجد أن هناك قرينة على أن سماح المتنازل لديه بالتنازل لا يكفى لتحرير المتنازل من التزاماته، بل على العكس يبقى المتنازل دائماً مسئولاً عن تنفيذ العقد المتنازل عنه فى مواجهة المتنازل لديه ما لم يصدر عن هذا الاخير ما يفيد صراحة براءة ذمته من التزاماته.

إذا كان هذا هو الوضع فى القانون المقارن، فما هو موقف القانون المصرى؟

ان الفقه المصرى وان كان يتمسك بصدد التنازل عن العقد بأهداب حوالة الحق وحوالة الدين، إلا أنه عندما يعرض للأحكام التفصيلية للتنازل يكشف بوضوح عن الطبيعة الحقيقية للتنازل عن العقد كما سبق أن وضحناها. والحديث عن التنازل عن العقد يتركز أساساً حول التنازل عن الايجار. وان كان هناك اختلاف فانه ينحصر فى وقت نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين، وخاصة إذا لم يتضمن العقد الاصلى شرط يمنع التنازل عنه.

فبينما يرى بعض الفقهاء أن «التنازل وحده كافياً لحلول المتنازل له محل المستأجر (المتنازل) فى جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الايجار، فتنتقل الحقوق من ذمة المستأجر، وتبرأ ذمته من الالتزامات، ولكن يبقى ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات. فإذا ما قبل المؤجر التنازل بعد حصوله، برئت ذمة المستأجر «المتنازل من هذا الضمان»[1].

ولتأكيد ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء يقولون «أن القانون جعل المستأجر (المتنازل) ضامناً للمتنازل له قبل قبول المؤجر (المتنازل لديه) للتنازل، ويسقط الضمان من المستأجر (المتنازل) بهذا القبول. والمستأجر (المتنازل) لا يكون ضامناً للمتنازل له إلا إذا كان هذا الاخير هو المدين الاصلى للمؤجر (المتنازل لديه) ومعنى ذلك أن المتنازل له يصبح مديناً أصلياً للمؤجر (المتنازل لديه) قبل قبول هذا الاخير للتنازل. واذن يكون التنازل قد سرى فى حق المؤجر وجعله دائناً للمتنازل له قبل قبوله للتنازل، فلا يكون اذن قبول المؤجر شرطاً لسريان التنازل فى حقه لأن التنازل يسرى قبل هذا القبول»[2].

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الأول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.

(٢) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، ص ٧١٦.

ويؤكد هؤلاء الفقهاء «ان المستأجر (المتنازل) تبرأ ذمته من التزاماته نحو ؤجر (المتنازل لديه) بمجرد تنازله عن الايجار. ولما كان المؤجر (المتنازل لديه) م يقبل التنازل إلا قبولاً ضمنياً وقبل حصوله إذ هو قد اقتصر على عدم منع مستأجر من التنازل، فقد أراد المشرع إلا تخلى ذمة المستأجر اخلاء تاماً فى هذه لمرحلة، فأبقاه كما قدمنا ضامنا للمتنازل له فى تنفيذ الالتزامات التى انتقلت منه إلى هذا الاخير. وقد نصت المادة ٥٩٥ من التقنين المدنى على هذا الحكم إذ تقول: «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته»[١].

وقد خرج المشرع بهذا الحكم عن الاحكام العامة فى حوالة الدين، والتى تقضى بأن يضمن المحيل فى حوالة الدين أن يكون المحال عليه موسراً وقت اقرار الدائن للحوالة (م ٣١٩ مدنى)، وذلك فان شدد هذا الالتزام بالضمان، فلم يكتف بأن يضمن المستأجر يسار المتنازل له وقت التنازل، بل جعله يضمن يسار المتنازل له وقت مطالبة المؤجر (المتنازل لديه) اياه بتنفيذ التزاماته، فيكون فى هذه الحالة بالنسبة للمتنازل له فى موقف يشبه موقف الكفيل. فإذا طالب المؤجر المتنازل له بتنفيذ التزام من الالتزامات التى انتقلت إلى ذمته، ووجده معسراً، رجع بالضمان على المستأجر. وهو برجوعه عليه بالضمان لا يرجع بنفس الالتزام الذى كان فى ذمته بموجب عقد الايجار، فان هذا الالتزام قد انتقل نهائياً بالتنازل إلى ذمة المتنازل له. وانما يرجع بالتزام جديد لم ينشأ من عقد الايجار بل من عقد التنازل، وهو عقد يرتب فى ذمة المستأجر التزاماً بضمان يسار المتنازل له وقت المطالبة، ولا يرجع المؤجر على المستأجر بالضمان إلا بعد أن يرجع أولاً على المتنازل له فيجده معسراً. فان رجع مباشرة على المستأجر، كان لهذا أن يطلب منه البدء بتجريد المتنازل له. ولا يكلف بأن يدل المؤجر على مال للمتنازل له يستوفى منه المؤجر حقه كما يكلف الكفيل بذلك، فان المستأجر لا يكون مسئولاً بموجب الضمان إلا إذا أثبت المؤجر أنه رجع على المتنازل أولاً فوجده معسراً. وإذا رجع المؤجر على المستأجر بالضمان، فان لهذا الأخير أن يرجع على المتنازل له بما وفاه»[٢].

«والضمان يبقى فى ذمة المستأجر على النحو المتقدم الذكر، ما دام مقتصراً على قبول التنازل قبولاً ضمنياً سابقاً على حصول التنازل عن طريق أنه لم يمنع المستأجر فى عقد الايجار من التنازل كما سبق القول. فان خطا المؤجر خطوة أخرى، وقبل التنازل بعد حصوله قبولاً صريحاً أو ضمنياً، فان هذا القبول اللاحق

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٦
Larroumet, op. cit, nos 110, 111 et 125 p 290 ets.
(٢) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٧.

للتنازل يبرئ ذمة المستأجر (المتنازل) من الضمان. فيكون المؤجر فى هذه الحاله قد قبل التنازل مرتين، المرة الأولى كان قبوله سابقاً على التنازل، وهو قبول ضمنى مستخلص من أنه لم يمنع المستأجر فى عقد الايجار من التنازل، وهذا القبول يكفى لابراء ذمة المستأجر من التزاماته إذ تنتقل هذه الالتزامات إلى ذمة المتنازل له، ولكنه لا يكفى لابراء ذمة المستأجر من ضمان المتنازل له فى تنفيذ هذه الالتزامات. والمرة الثانية كان قبول المؤجر لاحقاً للتنازل، وهو قبول صريح أو ضمنى، وبمجرد صدوره تبرأ ذمة المستأجر حتى من الضمان. وهذا ما تقضى به المادة ٥٩٧ من التقنين المدنى، إذ تنص على ما يأتى: «تبرأ ذمة المستأجر الاصلى قبل المؤجر، سواء فيما يتعلق بضمانه للمتنازل له فى حالة التنازل عن الايجار وفيما يتعلق بما يفرضه عقد الايجار الاصلى من التزامات فى حالة الايجار من الباطن: (أولاً) إذا صدر من المؤجر قبول صريح بالتنازل عن الايجار أو الايجار من الباطن (ثانياً) إذا استوفى المؤجر الاجرة مباشرة من المتنازل له أو من المستأجر من الباطن دون أن يبدى أى تحفظ فى شأن حقوقه قبل المستأجر الاصلى»[1].

وأهم ما يلاحظ على هذا الرأى، أنه جعل التنازل يرتب كافة آثاره بمجرد انعقاده، ودون انتظار إقرار أو قبول من جانب المتنازل لديه، لا لشئ إلا أن هذا الاخير لم يشترط عدم التنازل فى العقد الاصلى. وهذا الرأى يتفق مع طبيعة التنازل عن العقد، كما أنه يتفق مع الطابع السريع فى المعاملات فى الوقت الحاضر[2] ومع ذلك فانه يتناقض مع نقطة البداية التى انطلق منها، وهو تصوير التنازل على أنه مجرد حوالة حق وحوالة دين، وبالتالى اصطدم مع ما هو ثابت فقهاً وقضاء بأن «قبول المدين للحوالة حتى تنفذ قبله هو القبول الذى يصدر منه وقت الحوالة أو بعدها. ولا يعد قبولاً تصريح المدين فى سند الدين أنه يقبل مقدماً حوالة الحق للغير وذلك حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الاجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق»[3].

كما أن هذا الرأى يذهب إلى أن المشرع أراد، بعد أن استغنى عن اقرار المؤجر للتنازل بعد حصوله مكتفياً بالاقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، ألا يحرم

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع، ص ٧١٨.
(٢) انظر نفس هذا الرأى تقريبا
Larroumet op et mos 110 111 et 125 p 290 ets.
(٣) نقض مدنى فى ١٩٥٩/١١/٩، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٠ ص ٦٨٤ نقض مدنى فى ١٩٧٨/١/٢، مجموعة النقض، س ٢١ ص ٦١، نقض مدنى فى ٧٨/٦/٢١ مجموعة النقض، س ٢٩ ص ١٥١٠.

المؤجر من تامين تكميلي، فجعل المستأجر ضامنا للمتنازل له فـي تنفيذ التزاماتـه، وابقى هذا الضمان مقترناً بالاقرار الضمنى الصادر قبل التنازل، حتى إذا صدر من المؤجر اقرار لاحق للتنازل فان ذمة المستأجر تبرأ من هذا الضمـان»[1]، وهذا الضمـان «قد رسم القانون وحده حدوده»[2]، ثم يعود ويقرر الـتزام المسـتأجر بالضمان يعتبر التزاماً جديداً، لم ينشأ من عقد الايجار، بل من عقد التنـازل»[3] والسؤال الآن هل هذا الالتزام بالضمان الذى يقـع علـى عـاتق المتنـازل يرجـع إلـى طبيعة التنازل ذاته، وبالتالى يمكن ان نصادفه فى اى تنازل عن العقد، ام انه الـتزام بالضمان مصدره القانون، فى صدد التنازل عن الايجار فقط؟ وعلى ضوء ما نقلنـاه لا يمكن ان نصل فى هذا الصدد إلى اجابة محددة، مما يكشف عن الغمـوض الـذى يحيط هذه المسألة فى الفقه المصرى.

واهم ما يلاحظ علـى هذا الراى ايضـاً انـه قد حسم مسـألة طبيعـة مركز المتنازل، فى حالة التزامـه بضمـان التنفيذ، وبطريقـة أيضـاً تتسم بـالغموض. فهو يقول بان المتنـازل فـى هـذه الحالـة بالنسبة للمتنـازل لـه فـى موقـف يشبه موقـف الكفيل. وطبق بعض قواعد الكفالة كقـاعدة وجـوب الرجـوع أولاً علـى المديـن قبل الرجوع على الكفيل، ثم الدفع بالتجريد، لكنه لم يطبق قاعدة وجوب أن يدل الكفيل الدائن على أموال للمدين كافية للوفاء بالالتزام. والسؤال الآن هل يعتبر المستأجر (المتنازل) فى هذه الحالة كفيلاً أم مديناً أصلياً؟ فيجيب هـؤلاء الفقهـاء «انـه يضمـن تنفيذ التزامـات المتنـازل لـه كمـا يضمـن البائـع والمؤجـر التعـرض والاسـتحقاق والعيـوب الخفيـة. ففـى هـذه الحالـة لا نقـول أن البـائـع أو المؤجـر كفيـل للمشـترى أو للمستأجر، بل نقول انه ضامن garant لفعـل معيـن. وهنـاك فرق بيـن الضمـان garantie والكفالـة Cautionnement[4] وواضـح هنـا الخلـط بيـن المديـن الاصلـى والمدين الاحتياطى débiteur subsidiaire فالبـائع أو المؤجـر يعتبر مدينـاً أصليـاً بـالالتزام بضمـان الاستحقاق أو العيوب الخفيـة، بينمـا المستأجر (المتنـازل) فـى التنازل يعتبر مديناً احتياطياً débiteur subsidiaire ولذلك يعتبر القياس ممتنعاً فـى مثل هذه الحالة[5]. والدليل الواضح على صحة هذه النتيجة أن هؤلاء الفقهاء أنفسهم يطبقون جل قواعد الكفالة، على المستأجر (المتنازل) فـى هـذه الحالـة، كمـا نجدهـم يؤكدون ذلك عندمـا يقررون «أن المسـتأجر فـى إلتزامـه بالضمـان لا يعتبر مدينـاً

(١) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٦ ص ٧١٥.
(٢) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧، ص ٧١٨
(٣) السنهورى، نفس المرجع، نفس الموضع.
(٤) السنهورى، المرجع السابق، جزء ٦، المجلد الاول، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨ هامش ٤٠
(٥) قارن سليما مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩٣.

أصلياً ينضم إلى المتنازل له فيصبح للمؤجر مدينان في نفس الدين...»[1] وهذا التناقض يكشف عن الغموض الذى يحيط بالتنازل عن العقد فى الفقه المصرى.

ولذلك يذهب غالبية الفقهاء فى مصر إلى أنه «إذا نزل المستأجر عن الايجار إلى آخر، اعتبر محيلاً حقه قبل المؤجر إلى المتنازل له ونفذت هذه الحوالة قبل المؤجر بقبوله اياها أو باعلانه بها وفقاً للمادة ٣٠٥ مدنى. ولكن لا يعتبر هذا النزول حوالة بالدين نافذة فى حق المؤجر إلا إذا قبل الأخير هذه الحوالة»[2].

«وبناء على ذلك يترتب على النزول عن الايجار أن تنتقل حقوق المستأجر الاصلى قبل المؤجر إلى المتنازل له بمجرد اعلان النزول إلى المؤجر، وبالرغم من عدم قبول الاخير اياه، فلا يجوز للمستأجر بعد النزول عن الايجار واعلانه إلى المؤجر أن يطالب الاخير بتسليمه العين المؤجر ولا بضمان التعرض أو العيوب الخ، ولكن المستأجر يبقى ملتزماً نحو المؤجر بالالتزامات التى يفرضها عليه عقد الايجار ما دام المؤجر لم يقبل حوالة الدين، فيجوز للمؤجر أن يطالبه بتنفيذ التزاماته الناشئة من الايجار وبخاصة أن يطالبه بالاجرة وباجراء الترميمات التأجيرية وباستعمال الشئ فيما اعد له وبالمحافظة عليه ورده عند انتهاء الايجار ما دام هو لم يقبل حوالة دين المستأجر الاصلى إلى المتنازل له، ويكون المستأجر الاصلي مسئولاً فى ذلك كله عن فعل المتنازل له أى أن فعل الاخير لا يعتبر بالنسبة إليه سبباً أجنبياً».

«وهذا ما قصده المشرع بالنص في المادة ٥٩٥ مدنى على أنه «فى حالة التنازل عن الايجار يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته»[3].

ويستند هؤلاء الفقهاء إلى عبارة النص ليقرروا أن المادة ٥٩٥ مدنى على أنه يبقى المستأجر ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته «الامر الذى يشعر بأنه لا يجعل الحوالة منشئة التزاماً جديداً فى ذمة المستأجر المحيل ازاء المؤجر، وانما يقتصر على أن يبقى التزامه الاصلى ازاء المؤجر إلى جانب التزام المتنازل إليه نحوه أيضاً»[4].

---

(١) السنهورى، نفس المرجع، فقرة ٤٧٧ ص ٧١٨.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩١.

(٣) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٥٨ ص ٥٩٢، محمد على امام، المرجع السابق، فقرة ١٧١ ص ٤١٥، ٤١٦، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢٦ ص ٥٨٠، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٢، عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص ١١١، ١١٢.

(٤) سليمان مرقس، المرجع السابق، ٢٥٨ ص ٥٩٢، ولذلك يرفض هؤلاء الفقهاء اعتبار المستأجر كفيلاً للمتنازل له، انظر عكس ذلك عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، فقرة ٢٧٤ ص ٤٢٩.

- ويبدو لنا سبب الخلاف فى الفقه المصرى يرجع إلى التمسك بأهداب حوالة الحق وحوالة الدين، عند الكلام عن التنازل عن العقد مما يؤدى إلى التناقض، حيث أن بعضهم يسلم، ضمناً، بالطبيعة الخاصة بتنازل عند التعرض تفصيلاً لاحكام التنازل عن العقد، بينما غالبية الفقه يتمسك بحرفية الاحكام العامة فى حوالة الحق وحوالة الدين عند تطبيقها على التنازل عن العقد.

- ونحن نرى أنه إذا لم يتضمن العقد أى شرط يمنع التنازل عنه فأنه فى هذه الحالة يجوز للطرف المسموح له بذلك أن يتنازل عن العقد، وينتج هذا الحلول أثاره فى مواجهة المتنازل لديه من الوقت الذى يتم فيه اعلانه أو قبوله اياه، ومعنى ذلك أن الاصل هو حلول المتنازل له محل التنازل فى الرابطة العقدية، بحيث تنشأ بين المتنازل له والمتنازل لديه علاقة مباشرة، كما أنه يترتب على ذلك الحلول خروج المتنازل من هذه الرابطة وبراءة ذمته، كل ذلك من الوقت الذى يصبح فيه هذا التنازل نافذاً. لكن ليس هناك ما يمنع أن يتمسك المتنازل لديه ببقاء المتنازل مسئولاً فى مواجهته، وبالتالى عدم براءة ذمته تماماً، بشرط أن يعلن ذلك صراحة. وعلى ذلك فان ارادة المتعاقدين تكون هى المرجع لتحديد العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه.

ونخلص من كل ما تقدم أن الوضع الطبيعى فى التنازل هو أن مجرد قبول المتنازل لديه للتنازل أو اعلانه به يؤدى إلى خروج المتنازل من العلاقة التعاقدية القائمة ليحل محله فيها المتنازل له، وتبعاً لذلك تبرأ ذمة المتنازل من التزاماته، هذا ما لم يشترط المتنازل لديه صراحة بقاء المتنازل ضامناً لتنفيذ المتنازل له لالتزاماته. فهدف التنازل عن العقد ليس هو منح مزايا للمتنازل لديه، بأن يكون له مدينان بدلاً من مدين واحد، وانما هو التنازل عن المركز العقدى أو الصفة العقدية، بما يتضمنه أو ما يترتب عليها من حقوق والتزامات للمتنازل له وحلول هذا الاخير فيها محل المتنازل الذى يخرج نهائياً من هذه العلاقة.

وعلى ذلك ففى حالة بطلان أو فسخ اتفاق التنازل فان مقتضى ذلك اعادة الحال إلى ما كان عليه، فتعود العلاقة مرة أخرى بين المتنازل والمتنازل لديه بمقتضى العقد المتنازل عنه.

وفى حالة اشتراط المتنازل لديه عدم براءة ذمة المتنازل فانه فى هذه الحالة، يبقى المتنازل مسئولاً أمام المتنازل لديه عن تنفيذ المتنازل له للالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه. ومركز المتنازل فى هذه الحالة يكون فى مركز المدين الاحتياطى، ولا يشترط أن يكون هذا المدين الاحتياطى كفيلاً، حيث أن الكفيل

لا يجب مركز المدين الاحتياطى. وفى هذه الحالة يمكن أن نطبق على مركز المدين الاحتياطى بعض القواعد الخاصة بالكفيل والتى تتفق مع طبيعة مركز المتنازل فى عملية التنازل وهذا يعتبر الوضع الاستثنائى فى التنازل. وهذا يبدو لنا أنه التفسير المعقول فى مثل هذا الوضع.

ولذلك نرى بالنسبة للتنازل عن الايجار، أن هذا التنازل يعتبر نافذاً فى حق المؤجر إذا قبله أو أعلن به، ولكن يجب أن نفرق بين حالة القبول وحالة الاعلان، ففى حالة قبول المؤجر (المتنازل لديه) للتنازل فانه فى هذه الحالة يصبح التنازل نافذاً فى حقه، وبالتالى تنشأ علاقة مباشرة بينه وبين المتنازل له، ويخرج المتنازل من هذه العلاقة القائمة، وتبرأ ذمته من جميع التزاماته. أما إذا كان التنازل قد أعلن إلى المؤجر (المتنازل لديه) فان هذا التنازل يعتبر سارياً فى حقه، لكنه مع ذلك لم يتخذ أى موقف يعبر عن قبوله للمتنازل له كطرفاً معه فى العقد القائم وباعتباره دائناً ومديناً، ولذلك فانه فى هذه الحالة يبقى ضامناً للمتنازل له فى تنفيذ التزاماته، إلى أن يتضح موقف المتنازل لديه من المتنازل له (م ٥٩٥ مدنى) فإذا ما صدر منه ما يفيد قبوله الصريح أو الضمنى للمتنازل له باعتباره طرفاً، دائناً ومديناً، معه فى العلاقة العقدية القائمة، فأنه فى هذه الحالة تبرأ ذمة المتنازل (المستأجر) من الضمان أيضاً، ويخرج كلية من العلاقة القائمة، والتى تستمر بين المتنازل لديه والمتنازل له فقط، ومركز المتنازل (المستأجر) فى التزامه بضمان تنفيذ المتنازل له لالتزاماته الناشئة عن العقد المتنازل عنه، هو مركز المدين الاحتياطى، والذى يمكن أن نطبق عليه قواعد الكفالة فى الحدود التى تتناسب مع طبيعة مركز المتنازل فى التنازل.

القسم الثالث

انقضاء الالتزام

- أسباب انقضاء الالتزام:

الالتزام أو الحق الشخصي مصيره حتماً إلى الزوال، أما بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء. فتأبيد رابطة الالتزام يتعارض مع الحرية الشخصية للمدين.

وقد تناول التقنين المدني المصري أسباب انقضاء الالتزام في الباب الخامس من الكتاب الاول الخاص بالالتزامات بوجه عام، في المواد من ٣٢٣ إلى ٣٨٨. وقد صنف التقنين المدني أسباب الانقضاء في ثلاث طوائف هي:

أولاً: انقضاء الالتزام بالوفاء، إذ هو الطريق الطبيعي والمألوف لانقضاء الالتزام، وفيه يؤدي للدائن حقه ذاته.

ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، وفيه يؤدي للدائن حقه بما يعادله، ويتحقق ذلك في الوفاء بمقابل، والتجديد والانابة والمقاصة، واتحاد الذمة.

ثالثاً: انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء، وفيه ينقضي الالتزام دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك في الابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط، ولندرس هذه الطوائف الثلاث في ثلاث أبواب على التوالي.

الباب الأول
الوفاء

- التعريف بالوفاء وأنواعه:

الوفاء هو النهاية الطبيعية المرغوب فيها للالتزام. فبالوفاء، تصل رابطة الالتزام إلى غايتها ومبتغاها، فالمدين ينفذ ذات الالتزام الذى التزم به تنفيذاً اختيارياً.

وينصرف الوفاء إلى تنفيذ الالتزام أيا كان محله، أى سواء كان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شئ، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالوفاء بالمعنى القانونى لا يقتصر، كما هو الحال فى معناه الدارج، على تنفيذ الالتزامات التى يكون محلها دفع مبلغ من النقود.

والوفاء كما يعتبر سبباً لانقضاء الالتزام، فكذلك يعتبر طريقاً لتنفيذه. ولذا تعالج بعض التشريعات، كالتقنين السويسرى والبولونى، أحكام الوفاء عند بحث قواعد التنفيذ. أما التقنين المصرى - جرياً على التقليد اللاتينى تناول أحكام الوفاء بين طرق انقضاء الالتزام.

الوفاء فى صورته العادية يتم من جانب المدين ويترتب عليه انقضاء الالتزام، وهذا هو الوفاء البسيط، ولكن قد يقوم شخص غير المدين بوفاء دين الدائن فيترتب على ذلك انقضاء هذا الدين وحلول الموفى محله فى الرجوع على المدين.

- خطة الدراسة:

سنتناول فى هذا الباب، فى فصل أول، دراسة الاحكام العامة للوفاء البسيط، ثم فى فصل ثان، دراسة الوفاء مع الحلول.

الفصل الأول
الاحكام العامة

في هذا الفصل نتناول بالدراسة ما يلي:

١- طرفا الوفاء، الموفى وهو من يقوم بالوفاء، والموفى له وهو من يتلقى الوفاء.

٢- كيفية الوفاء، من حيث محله وظروفه المختلفة.

المبحث الأول
طرفا الوفاء

- **الموفى والموفى له:** طرفا الوفاء هما في العادة المدين والدائن فهما طرفا الالتزام - غير أنه قد يقع الوفاء من شخص غير المدين، كما هناك ثمة حالات يصح فيها الوفاء وإن تم بين يدى شخص غير الدائن. ولذلك سنتكلم أولاً في الموفى، وثانياً في الموفى له.

المطلب الأول
الموفى

سبق أن قلنا أن الوفاء قد يقع من مدين أو من شخص من الغير. كما أنه إذا كان الوفاء بالتزام باعطاء شئ فانه يشترط لصحته أن يكون الموفى مالكاً للشئ وأهلاً للتصرف فيه، ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: ممن يصح الوفاء

- **من المدين أو من الغير:** نصت المادة ١/٣٢٣ مدنى على أنه يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨

فالاصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لانه هو الملتزم، وقد ينوب عن المدين نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم. ولكن يصح كذلك أن يقوم بالوفاء شخص آخر له مصلحة في الوفاء. وغير المدين قد تكون له مصلحة في الوفاء بدين المدين كما لو كان كفيلاً عنه. أو كان قد اشترى من المدين عقاراً مرهوناً رهناً رسمياً ضماناً لدين المدين، وهذا هو حائز العقار المرهون فأراد بالوفاء للدائن المرتهن أن يطهر العقار من الرهن.

ومع ذلك قد لا يكون للغير مصلحة في الوفاء بالدين ويوفي به، إما لأنه يريد التبرع للمدين بقيمة الدين الذي وفاه عنه، وإما أن يكون فضولياً رأى أن المدين مهدداً بإجراء التنفيذ القهري على أمواله فأراد أن يسدي إليه خدمة مؤقتة بأن يوفي للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد ذلك بمقدار ما أوفى. **والقاعدة أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير إلا في حالتين نصت عليهما المادة ٣٢٣:**

١- إذا كان للدائن مصلحة في أن يصدر الوفاء من المدين نفسه، في هذه الحالة يكون له أن يرفض الوفاء من الغير. ففي الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدني). ومن ذلك إذا كان قد روعي في الالتزام اعتبار خاص بشخص المدين فللدائن أن يرفض الوفاء من الغير، كتعهد رسام برسم صورة، أو جراح مشهور بإجراء عملية جراحية.

٢- إذا تقدم للوفاء بدين المدين شخص من الغير، لا مصلحة له في الوفاء، فاعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض في هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه.

وللغير الذي قام بالوفاء أن يرجع على المدين بقدر ما دفعه (م ١/٣٢٤)، إلا أن تكون نيته قد انصرفت إلى التبرع له. ويكون الرجوع بدعوى الفضالة إذا تم الوفاء بغير علم المدين، أو بدعوى الوكالة إذا أقر المدين الوفاء بعد حصوله فإذا تم الوفاء رغم اعتراض المدين كان رجوع الموفي على أساس قواعد الاثراء بلا سبب، ويكون للمدين بناء على ذلك أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا أو بعضاً إذا ثبت أنه له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء. (م ٢/٣٢٤).

ثانياً: شروط صحة الوفاء بالتزام بإعطاء شئ:

إذا كان محل الالتزام إعطاء شئ فيشترط لصحة الوفاء سواء قام به المدين أو شخص من الغير، شرطان نصت عليهما المادة ٣٢٥ هما:

١- أن يكون الموفي مالكاً للشئ الذي وفى به، وذلك حتى يتسنى تنفيذ الالتزام بإعطاء بنقل الحق على الشئ إلى الدائن إذ أنه لو وقع الوفاء بشئ غير مملوك للموفي امتنع ذلك، وجاز للدائن طلب إبطال الوفاء ليتجنب رجوع المالك الحقيقي عليه علاوة على حمل الموفي على إعادة الوفاء صحيحاً إليه.

٢- أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشئ الموفى به، فالوفاء بالالتزام بإعطاء عمل إرادي من أعمال التصرف ينتقل به الحق على الشئ من الموفي إلى

الموفى له. فإذا لم يكون الموفى أهلا للتصرف كان الوفاء قابلاً للابطال لمصلحته. غير أن حق ناقص الاهلية فى طلب ابطال الوفاء واسترداد ما أوفى به مشروطاً بأن يكون قد أصابه ضرر بسبب الوفاء (م ٢/٣٢٥ مدنى)، ولا شك فى تحقق شرط الضرر إذا كان الموفى من الغير ولم تكن له مصلحه فى وفاء دين المدين. أما إذا كان الموفى هو المدين نفسه فقد يبدو لأول وهلة أنه ليس من المتصور أن يصيبه ضرر من الوفاء بدين التزم به. ومع ذلك يتحقق شرط الضرر فى بعض الحالات من ذلك أن يكون المدين ناقص الاهلية قد أوفى قبل حلول الاجل، أو قد أوفى بشئ أكبر قيمة من الشئ المدين به.

المطلب الثانى

الموفى له.

القاعدة أن الوفاء يكون للدائن أو لمن له صفة فى استيفاء الدين. أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا فى حالات استثنائية. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: الوفاء للدائن أو لمن له صفة فى استيفاء الدين

الاصل أن الدائن هو ذو الصفة فى الدين، وله أن ينيب عنه وكيلاً فى ذلك. وقد جعل المشرع من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة على ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة، ما لم تنتف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصياً (م ٣٣٢ مدنى)، ويكون للمدين فى هذه الحالة أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته فى استيفاء الدين.

ويشترط لصحة الوفاء أن يكون الدائن أهلا لاستيفاء الدين. فإذا كان ناقص الاهلية وجب أن يتم الوفاء لنائبه القانونى، كالولى أو الوصى أو القيم، فإذا تم الوفاء له شخصياً كان الوفاء قابلاً للابطال، ومع ذلك إذا أصاب الدائن ناقص الاهلية منفعة من الوفاء. كان الوفاء إليه صحيحاً بقدر هذه المنفعة.

ثانياً: الوفاء للغير

إذا تم الوفاء لغير الدائن أو لغير ذى صفة فى استيفاء الدين فلا تبرأ ذمة المدين من الدين، ويتعين عليه الوفاء به ثانية للدائن، لان القاعدة أن من يفى بالدين غلطاً يفى به مرتين. **غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حالات ثلاث نصت عليها المادة ٣٣٣.**

١- اقرار الدائن للوفاء. بهذا الاقرار ينفذ هذا الوفاء فى حقه بالنسبة لعلاقته بالمدين. أما بالنسبة لعلاقته بالموفى له، فقد يقصد التبرع له بقيمة الدين الذى

استوفاه، او قد يقصد بتعيينه وكيلا عنه فى قبض الدين، وفى هذه الحالة الاخيرة يتعين على الموفى له تقديم حساب للدائن عن وكالته طبقاً للقواعد العامة.

٢- إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة. مثال ذلك أن يقوم المدين بوفاء الدين لدائن الدائن فتبرأ ذمة المدين بقدر ما برئت ذمة الدائن قبل دائنه نتيجة هذا الوفاء.

٣- الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته. ويطلق على مثل هذا الشخص اسم الدائن الظاهر. مثال ذلك أن يكون الموفى له قد ظهر بمظهر صاحب الحق، كوارث ظاهر للدائن يتضح بعد ذلك أن الوارث الحقيقى شخص آخر. ويشترط لصحة الوفاء فى هذه الحالة أن يكون المدين حسن النية، أى يعتقد عند الوفاء أنه يؤدى الحق للدائن الحقيقى. فإذا وقع الوفاء صحيحاً فى هذه الحالة لم يبق أمام الدائن إلا الرجوع على الموفى له على أساس المسئولية التقصيرية إذا كان الدائن الظاهر سئ النية وعلى أساس الاثراء بلا سبب إذا كان حسن النية.

المبحث الثانى

كيفية الوفاء

ويقصد بكيفية الوفاء دراسة المسائل المتعلقة بمحل الوفاء، والظروف المختلفة التى تحيط بالوفاء، من زمان ومكان ونفقات واثبات، وأخيرا الوسائل القانونية المتاحة للمدين للتغلب على عنت الدائن فى قبول الوفاء. من اعذار وعرض حقيقى.

المطلب الاول

محل الوفاء

ويقصد بمحل الوفاء ما يتم به الوفاء من جانب المدين، وهناك قواعد تحكم محل الوفاء. وهذا هو ما نعرضه الآن.

أولاً - الوفاء بالشئ المستحق

الاصل أن يكون الوفاء بعين ما التزم به المدين، سواء كان الالتزام باعطاء أو كان التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل. وهذه القاعدة المقررة لمصلحة الدائن لا يجوز الخروج عليها بصفة عامة إلا بموافقته، فلا يجوز للمدين أن يلزم الدائن بقبول شئ آخر غير الشئ المستحق ولو كان مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٣٤١ مدنى).

ثانياً - عدم جواز تجزئة الوفاء

الاصل أن يوفى المدين بكل ما التزم به، فلا يجوز للمدين ان يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه (م ١/٣٤٢ مدنى) هذه القواعد لا تنصرف فقط إلى أصل الدين بل تسرى كذلك على ملحقاته كالمصاريف أو الفوائد، فلا يجوز للمدين اجبار الدائن على قبول الوفاء بأصل الدين منفصلاً عن ملحقاته. على أن هذه القاعدة ليست آمرة فيجوز الاتفاق على تخويل المدين الحق فى تجزئة الوفاء. كما أنه فى بعض الحالات ينص القانون على اباحة تجزئة الوفاء استثناء. من ذلك مهلة الوفاء التى يمنحها القاضى طبقاً لنص المادة ٢/٢٤٦ مدنى.

وقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء حق لكل من الدائن والمدين فيجوز لكل منهما أن يتمسك بها، غير أن المادة ٢/٣٤٢ قد أوردت استثناء من هده القاعدة: فإذا كان الدين متنازعاً فيه، وأقر المدين بجزء منه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع فى الجزء الباقى. ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملاً.

ثالثا – كيفيه احتساب الخصم عند تعدد الديون

تعرض هذه المشكلة عندما تتعدد الديون فى ذمة المدين لدائن واحد وتكون جميعاً من جنس واحد كنقود مثلاً، ويؤدى المدين مبلغاً لا يفى بها جميعاً فالسؤال كيف يتم احتساب الخصم، أى تعيين جهة الدفع – وتثور نفس هذه المشكلة فى حالة ما إذا كان المدين ملزماً بدين واحد تتبعه مصاريف وفوائد، وكان ما اداه لا يفى بالدين والملحقات جميعاً وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى. وقد وضع المشرع فى المواد ٣٤٣ – ٣٤٥ القواعد التى تتبع فى احتساب الخصم فى الحالتين. وهى قواعد مكملة لارادة المتعاقدين فيجوز الاتفاق على مخالفتها.

– ففى حالة الدين الواحد، يخصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين (م ٣٤٣ مدنى).

– وفى حالة تعدد الديون، للمدين أن يعين عند الوفاء الدين الذى يريد الوفاء به. ويكون اختياره واجب الاحترام ما لم يحل دون ذلك مانع اتفاقى، كما لو اتفق على أن يبدأ الوفاء بدين معين، أو مانع قانونى كما لو اختار المدين الوفاء بدين مضاف إلى أجل مقرر لمصلحة الدائن أو اختار ديناً يزيد مقداره عن المبلغ الذى دفعه للدائن بما يؤدى إلى جبر الدائن على قبول وفاء جزئى (م ٣٤٤ مدنى).

فإذا لم يعين المدين الدين الذى يريد الوفاء به، فيكون الخصم من حساب الدين المستحق الاداء. فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين، كالدين الذى يغل فوائد أو المضمون برهن، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فيكون الخصم من حساب الدين الذى يعينه الدائن.

المطلب الثانى

ظروف الوفاء

ونقصد بظروف الوفاء ما يتعلق منها بزمان الوفاء، ومكان الوفاء، ونفقات الوفاء، واثبات الوفاء.

أولاً: زمان الوفاء

القاعدة: يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فى ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بذلك (م ١/٣٤٦ مدنى). معنى ذلك أنه إذا لم يكن الالتزام مضافاً إلى أجل واقف أو معلقاً على شرط واقف وجب الوفاء به فوراً بمجرد نشوئه، وإلا كان للدائن أن يلجأ إلى اجراءات التنفيذ القهرى.

الاستثناء: نظرة الميسرة: ان استحقاق أداء الالتزام لا يمنع من تأجيل تنفيذه بناء على نظرة الميسرة التى قد يمنحها القاضى للمدين. ونظرة الميسرة هى أجل قضائى يجوز منحه للمدين إذا توافرت شروط معينة نصت عليها المادة ٢/٣٤٦ مدنى بقولها «على أنه يجوز للقاضى فى حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم».

وعلى ذلك فان القاضى يستطيع أن يمنح المدين مهلة للوفاء بالتزامه إذا توافرت شروط ثلاثة:

١- إلا يوجد نص في القانون يمنع من نظرة الميسرة[١].

٢- أن تكون حالة المدين تستدعى ذلك بأن كان فى عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.

٣- إلا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم، كأن يكون قد عول على استيفاء حقه لكى يوفى ما عليه من ديون فى آجالها وإلا كان معرضاً للافلاس، ففى هذه الحالة تكون مصلحة الدائن أ‍ى بالرعاية ولا يمنح القاضى للمدين أى مهلة للوفاء.

ثانياً: مكان الوفاء

القاعدة: إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م ١/٣٤٧ مدنى).

أما فى الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء. أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال (م ٢/٣٤٧ مدنى).

معنى ذلك أنه علي الدائن أن يسعى إلى المدين لاستيفاء حقه، دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به، وهذا ما يعبر عنه بأن «الدين مطلوب لا محمول».

ثالثاً: نفقات الوفاء

القاعدة: تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م ٣٤٨ مدنى).

ويعتبر من نفقات الوفاء مصاريف شحن البضاعة إلى مكان التسليم، ونفقات اعداد المبيع للتسليم وغير ذلك من نفقات.

---

(١) من هذا القبيل نص المادة ١٥٨ و٤٦١ من التقنين المدني والمادة ٥٩ من التقنين التجاري الجديد

وهذه القاعدة لا يعمل بها – إذا وجد اتفاق او نص يقضي بغيرها من ذلك أن يتفق فى عقد البيع مثلا على أن يكون التسليم خالصا من أجرة النقل والرسوم الجمركية. وفى هذه الحالة يتحمل البائع هذه النفقات بدلاً من المشترى كما هو الاصل. ومثال النص ما تقضى به المادة ٤٦٢ مدنى من تحميل المشترى رسوم تسجيل عقد بيع العقار وذلك على خلاف القاعدة السابقة حيث أن نفقات التسجيل هى نفقات لازمة لوفاء البائع بالتزامه بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشترى.

رابعاً: اثبات الوفاء

يخضع اثبات الوفاء للقواعد العامة فى الاثبات – فيقع عبء اثبات الوفاء على المدين (م ١ من قانون الاثبات). ويجب الاثبات بالكتابة إذا زادت القيمة الموفى بها عن خمسمائة جنيه (م ٦٠ من قانون الإثبات) .

وقد هيأ المشرع للموفى السبيل إلى الحصول على الدليل المثبت، للوفاء فنصت المادة ٣٤٩ مدنى على أنه «لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء، فإذا وفى الدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو الغاءه. فان كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند» فإذا رفض الدائن القيام بذلك. جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق ايداعاً قضائياً. فيحصل بذلك على الدليل المطلوب.

المطلب الثالث
موقف المدين من امتناع الدائن

من الواضح أن للمدين مصلحة في أن تبرأ ذمته من دينه لكن قد يحول دون ذلك امتناع الدائن عن قبول الوفاء. ازاء هذا الموقف قد بين المشرع الطريق الواجب الاتباع من جانب المدين للتغلب على هذا التعنت[1].

هذا الطريق يتمثل فى اجراءات العرض الحقيقى من جانب المدين. لكن يجب أن يسبق هذه الاجراءات قيام المدين باعذار الدائن وذلك حتى يسجل عليه رسمياً رفضه للوفاء. وسوف ندرس هذه النقاط تفصيلاً على التوالى.

---

(١) نقض ١٨/٥/١٩٩٢ س ٤٣ ص ٦٨٥ اجراءات ايداع المستأجر للأجرة الواردة فى المادة ٢٧ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ عدم وجود تعارض بينها وبين الايداع المنصوص عليه بالمادة ٣٣٨ مدنى. حق المستأجر سلوك أيهما متى توافرت شرائطه القانونية».

أولا: الاعذار

قد حدد المشرع ثلاث حالات لتعنت الدائن في عدم قبول الوفاء مما يخول للمدين اعذاره فيها: ١- حالة رفض الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً، أي الوفاء الذي استكمل لشروطه من حيث الموضوع والميعاد وطريقة التنفيذ، دون أي مبرر ٢- حالة تصريح الدائن بعدم قبول الوفاء، ٣- وحالة امتناعه عن القيام بالاعمال التي لا يتم الوفاء بدونها (م ٣٣٤ مدني). كامتناع المشتري عن التصديق على امضائه لاجراء تسجيل عقد بيع العقار.

والغرض من اعذار المدين للدائن هو تسجيل رفضه الوفاء ولذلك يجب أن يتم ذلك في اعلان رسمي، أي على يد محضر. فإذا تم هذا الاعذار ترتبت عليه عدة آثار لمصلحة المدين (م ٣٣٥ مدني).

١- وقف سريان الفوائد إذا كان الدين يغل فائدة.

٢- حق المدين في المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر من جراء رفض الدائن قبول الوفاء.

٣- انتقال تبعة الهلاك من المدين إلى الدائن.

٤- حق المدين في اتخاذ اجراءات العرض الحقيقي وما يتبعه من ايداع الشئ على نفقة الدائن. وهذا ما نبحثه فيما يلي:

ثانياً – العرض الحقيقي:

لا يترتب على مجرد اعذار الدائن أن تبرأ ذمة المدين من الدين، بل يجب لترتيب هذا الاثر أن يلجأ المدين إلى اجراءات العرض الحقيقي التي نص عليها قانون المرافعات في المواد ٤٨٧ – ٤٩٣. وتتلخص هذه الاجراءات في مراحل ثلاث:

١- العرض: ويختلف العرض باختلاف محله. فإذا كان الشئ المعروض من النقود أو غيرها من المنقولات، فان العرض يكون بأن يسلم المدين للمحضر هذه الاشياء ليعرضها على الدائن في موطنه عرضاً فعلياً، أما بالنسبة لما لا يمكن تسليمه من الاعيان في موطن الدائن، فيكون العرض بمجرد تكليف الدائن على يد محضر بتسلمه. ويجب أن يشتمل محضر العرض أو ورقة التكليف بيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه (م ٤٨٧ مرافعات).

مما تجدر ملاحظته أنه يجوز العرض الحقيقي في الجلسة أمام المحكمة دون اجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضراً، وتسليم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لايداعها خزانة المحكمة (م ٤٨٩ مرافعات).

٢- الايداع[1] أو الحراسه: تبدا المرحلة الثانية إذا رفض الدائن العرض. فإذا كان الشئ المعروض من النقود قام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الاكثر[2] ويجب أن يتناول الايداع المعروض مع فوائده التى استحقت لغاية يوم الايداع (م ٤٩٠ مرافعات)، وعلى المدين اعلان الدائن بصورة محضر الايداع فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخه. وإذا كان المعروض شيئاً غير النقود جاز للمدين أن يطلب من قاضى الامور المستعجلة الترخيص فى ايداعه بالمكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشئ مما يمكن نقله أما إذا كان الشئ معد للبقاء حيث وجد جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م ٢/٤٤٨ مرافعات، م ٣٣٦ مدنى)[3].

وإذا كان محل الوفاء شيئاً من الاشياء التى يسرع إليها التلف، أو التى يتطلب ايداعها أو حراستها نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمتها فيجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد العلنى وأن يودع الثمن خزانة المحكمة. أما إذا كان الشئ له سعر معروف فى الاسواق أو كان التعامل فيه متداولاً فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف (م ٣٣٧ مدنى).

- ويجوز للمدين أن يلجأ إلى الايداع أو ما يقوم مقامه من اجراء ولو لم يعذر الدائن فى الحالات الآتية (م ٣٣٨ مدنى):

١- إذا كان يجهل شخصية الدائن أو موطنه، كما هو الشأن فى وارث مجهول.
٢- إذا كان الدائن عديم الاهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.
٣- إذا كان الدين متنازعاً عليه بين عدة أشخاص، ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق بينهم.
٤- إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الاجراء[4].

٣- الحكم بصحة العرض والايداع:

لكى يقوم العرض الحقيقى بالنسبة للمدين مقام الوفاء يجب أن يتلوه ايداع على النحو السابق بيانه، أو يتلوه أى اجراء مماثل وذلك بشرط أن يقبله الدائن أو يصدر حكم نهائى بصحته. فقد ينازع الدائن فى صحة العرض، ويطلب الحكم

(١) نقض ١٩٩٢/٥/١٨ س ٤٣ ص ٦٩٠ «لا يمنع من صحة الايداع أن يكون معلقاً على شرط يحل للمدين فرضه».
(٢) نقض ١٩٩٤/١١/٢٧ س ٢٥ ص ١٤٨٤.
(٣) نقض ١٩٨٩/٣/٢٢ س ٤٠ ص ٦١٤ «العرض الحقيقى الذى يتبعه الايداع شرطه أن تتوافر فيه الشروط المقررة فى الوفاء المبرئ للذمة ومنها ان يتم العرض على صاحب الصفة فى استيفاء الحق، وأن العبرة فى تحديد مقدار الدين الذى يشغل ذمة المدين ليست بما يزعمه الخصوم بل بما يستقر به حكم القاضى».
(٤) نقض ١٩٩٢/٥/١٨ س ٤٣ ص ٦٩٠، ١٩٩٤/٩/٢٨ س ٤٥ ص ١٢٤٩.

ببطلانه[1]. كما أن المدين قد لا ينتظر منازعة الدائن بل يبادر بطلب الحكم بصحة العرض حتى يمنع كل نزاع مستقبل فى شأنه. ولذلك نصت المادة ٤٩٠ مرافعات على أنه «وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض».

وإذا حكم للدائن ببطلان العرض زالت كافة الآثار التى ترتبت على العرض والايداع واسترد المدين ما أودعه وظلت ذمته مشغولة بالالتزام. أما إذا صدر الحكم لمصلحة المدين، أى صدر الحكم نهائياً بصحة العرض والايداع، فتبرأ ذمة المدين من التزامه قبل الدائن اعتباراً من يوم العرض.

ويلاحظ أن للمدين أن يرجع عن العرض ما دام الدائن لم يقبله ولم يصدر حكم نهائي بصحته (م ١/٣٤٠ مدنى)، ويكون للمدين أن يسترد ما أودعه ويظل الدين باقياً فى ذمته وذلك بشرط أن يثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه فى العرض وكان قد مضى على اخباره بذلك ثلاثة أيام (م ٤٩٢ مرافعات). أما بعد قبول العرض من الدائن أو صدور حكم نهائى بصحته، فلا يجوز الرجوع فى العرض إلا بموافقة الدائن، إذ أن العرض فى هذه الحالة يقوم مقام الوفاء، فإذا ارتضى الدائن رجوع المدين اعتبر الوفاء كأن لم يكن فيظل المدين ملتزماً بالدين. ولكن ليس للدائن بعد ذلك أن يتمسك بما يكفل حقه من تأمينات ولا يكون له الرجوع على المدينين المتضامنين أو الكفلاء (م ٢/٣٤٠ مدنى).

---

(١) الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والايداع مقرر لمصلحة الدائن وحده فإن أسقط حقه فيه صراحة أو ضمناً فلا يجوز له العودة إلى التمسك به، لأن الساقط لا يعود» نقض ١٩٩٤/٦/٢٢ س ٤٥ ص ١٠٩٢.

الفصل الثانى
الوفاء مع الحلول

- التعريف به:

الاثر الطبيعى للوفاء هو انقضاء الدين، وذلك سواء كان الموفى هو المدين أو الغير. وحيث أن الغير يوفى بدين لا مصلحة له فيه فان له أن يرجع على المدين طبقاً للقواعد العامة. هذا الرجوع يكون بدعوى الوكالة أو الفضالة أو بدعوى الاثراء على حساب الغير حسب الاحوال وعلى النحو السابق بيانه. ورجوع الغير على المدين بهذه الدعوى الشخصية انما يكون بناء على دين جديد له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء. ويترتب على ذلك أن الموفى لا يستطيع أن يستفيد مما كان للدين الذى وفاه من صفات أو ضمانات لانها انقضت بانقضائه. علاوة على ذلك إذا كان المدين معسراً تعرض الموفى لمزاحمة باقى الدائنين وما يستتبع ذلك من قسمة غرماء.

وتفادياً لهذه النتيجة الضارة بالغير نص القانون، فى بعض الحالات التى للغير فيها مصلحة فى الوفاء بالدين، على حلول الموفى محل الدائن، مما يتيح له الرجوع بدعوى الحلول. أى بالرجوع على المدين بنفس الحق الذى كان للدائن. علاوة على رجوعه بالدعوى الشخصية. فى غير هذه الحالات التى نص عليها القانون أجاز المشرع الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين.

يتضح مما تقدم أن الوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدى إلى استيفاء الدائن حقه وحلول الغير الموفى محله فى رجوعه على المدين. فالوفاء مع الحلول نظام قانونى مركب، فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه انقضاء الدين، وبالتالى براءة ذمة المدين قبل الدائن، وهو بالنسبة للمدين نقل الحق من الدائن إلى الموفى، ولذا يحل هذا الاخير محله فى الحق الذى كان له قبل المدين، بما يكفله من تأمينات، وما يلحقه من توابع، وما يتصل به من صفات، وما يرد عليه من دفوع.

.لنر تفصيلاً حالات الوفاء مع الحلول، ثم نعقبها بدراسة آثار الوفاء مع الحلول.

المبحث الاول
حالات الوفاء مع الحلول

سبق أن رأينا أن حلول الموفى محل الدائن قد يتم بقوة القانون، بالاضافة إلى ما أجازه المشرع من الاتفاق على الحلول مع الدائن أو مع المدين. أى أن هناك حلول قانونى وحلول اتفاقى.

أولاً – الحلول القانونى

نصت المادة ٣٢٦ مدنى على حالات ثلاث يتم فيها الحلول بقوة القانون علاوة على ذلك توجد حالات أحرى وردت فى نصوص متفرقة[1] وسنكتفى هنا ببيان الاحوال التى وردت فى نص المادة ٣٢٦ مدنى:

١- إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو عنه:

ويكون الموفى ملزماً مع المدين إذا كان متضامناً معه فى الدين. أو كان شريكاً معه فى دين غير قابل للتجزئة. فى هذه الحالة يحل المدين الموفى محل الدائن بعد استنزال حصته في الدين ويكون الموفى ملزما عن المدين إذا كان كفيلاً له، سواء كان كفيلاً شخصياً أو كفيلاً عينياً.

٢- وفاء الدائن المتأخر لدائن متقدم:

والصورة العملية لهذه الحالة أن يكون الموفى دائناً قام بوفاء دين دائن آخر متقدم عليه بما له من تأمين عينى وسواء فى ذلك كان الموفى دائناً له ضمان عينى متأخر فى المرتبة أم كان دائناً عادياً.

٣- وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون:

والحائز فى قانون التأمينات العينية هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون أو حق عيلى عليه، دون أن يكون مسئولاً شخصياً عن الدين المضمون بالرهن. وعلى ذلك فانتقال ملكية العقار من المدين إلى الحائز لا يحول دون مباشرة الدائن بحقه فى تتبع العقار للتنفيذ عليه لاستيفاء حقه. وقد يرى الحائز فى هذه الحالة أن يوفى للدائن المرتهن بدينه لكى يتجنب التنفيذ على عقاره، فيحل بذلك محل الدائن المرتهن فى كافة حقوقه. بما فيها حقه فى الرهن، وبذلك يكون للحائز حق الرهن على عقار نفسه. وهو يهدف من وراء ذلك منع الدائن المرتهن الذى حل محله فى حقه ومرتبته والدائنين المرتهنين التالين له فى المرتبة من التنفيذ على عقاره خاصة إذا كان الدين المضمون بهذا الرهن يستغرق كل قيمة العقار المرهون.

---

(١) كنص المادة ١٥٨ من القانون التجارى، والمادة ٧٧١ مدنى.

ثانياً: الحلول الاتفاقى

والحلول الاتفاقى قد يتم بالاتفاق مع الدائن أو بالاتفاق مع المدين.

١- الحلول بالاتفاق مع الدائن:

تنص المادة ٣٢٧ مدنى على أن «للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك. ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء».

هذه الحلول تتم بالاتفاق بين الدائن والغير الذى وفى له حقه، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك. كما أنه يجب أن يتم هذا الاتفاق على الحلول بين الدائن والموفى وقت الوفاء وذلك لان الوفاء لو تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن، ولن يجدى الموفى أن يحل فيه بعد ذلك. كما أن الاتفاق على الحلول فى هذا الوقت يحول دون التواطؤ بين الدائن والمدين للاضرار بباقى الدائنين.

والغالب أن يقع التصريح بالحلول فى المخالصة التى يعطيها الدائن للغير الموفى. ولا تكون هذه المخالصة حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت.

٢- الحلول بالاتفاق مع المدين:

تنص المادة ٣٢٨ مدنى على انه «يجوز أيضاً للمدين، إذا اقترض مالاً وفى به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه. ولو بغير رضاء هذا الدائن، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد».

ويشترط لحلول المقرض محل الدائن فى هذه الحالة أن يكون القرض سابقاً على الوفاء، أو معاصراً له على الاكثر. ويترتب على الحلول فى هذه الحالة استفادة المقرض من التأمينات التى كانت تضمن حق الدائن الذى حل محله فيه. ويشترط للاحتجاج بتاريخ القرض والمخالصة فى مواجهة الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتاً.

المبحث الثاني
آثار الحلول

يترتب على الحلول سواء كان اتفاقيا أو قانونيا آثار معينة، لا تختلف باختلاف نوعي الحلول. والأثر الرئيسي للحلول هو انتقال حق الدائن إلى الموفى، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وانما يرد عليها قيود في حالات معينة ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: القاعدة: حلول الموفى محل الدائن فى نفس الحق

تنص المادة ٣٢٩ مدنى على أن «من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا لحق من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن».

ويستفاد من هذا النص أن أثر الحلول لا يقتصر على افادة الموفى من توابع الحق، بل ينصرف إلى احلاله فى هذا الحق محل الدائن، بما لهذا الحق من خصائص، وما يتبعه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع.

يترتب على الحلول أن ينتقل الحق بخصائصه من الدائن إلى الموفى، كما إذا كان تجارياً، أو كانت له مدد تقادم خاصة، أو كان ثابتاً فى سند تنفيذى.

وينتقل الحق من الدائن إلى الموفى بما يلحقه من توابع، كالفوائد، والدعاوى المتصلة به، كدعوى الفسخ المقترنة بدين الثمن والدعوى البوليصية.

وينتقل الحق إلى الموفى بما يكفله من تأمينات، سواء كانت هذه التأمينات شخصية أم عينية. وكانت الاستفادة من هذه التأمينات هى الغرض الاساسى من ابتداع فكرة الحلول، ويلاحظ أنه إذا كان حق الدائن مضموناً بتأمين عقارى مما يجب قيده، فلا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين إلى الموفى إلا بعد أن يؤشر به على هامش القيد الاصلى (م ١٩ من قانون الشهر العقارى)[١].

وفى مقابل ذلك فان الموفى يتحمل ما قد يرد على هذا الحق من دفوع، بمعنى أن للمدين أن يدفع فى مواجهة الموفى بالدفوع التي كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة الدائن. فإذا كان مصدر حق الدائن عقداً باطلاً أو قابلاً للابطال، فللمدين أن يدفع بالبطلان أو الابطال فى مواجهة الموفى كما كان يستطيع أن يفعل فى مواجهة الدائن، وكذلك إذا كان حق الدائن قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء.

---

(١) انظر اسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣ ص ٣٩٩.

رجوع الموفى بدعوى الحلول إلى جانب الدعوى الشخصية:

لكى يستفيد الموفى من الآثار السابقة فانه يرجع على المدين بدعوى الحلول، أى يرجع بنفس حق الدائن. ولكن استفادة الموفى بدعوى الحلول لا ينفى حقه فى الرجوع بالدعوى الشخصية فللموفى الخيار بينهما حسبما يراه محققاً لمصلحته، ويلاحظ أنه إذا رجع الموفى على المدين بدعواه الشخصية، الوكالة أو الفضالة، أو الاثراء أو القرض فانه يرجع بناء على دين جديد، له مصدر مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء. وبناء على ذلك فانه لا يستطيع أن يستفيد بما كان للحق الدائن من خصائص أو توابع أو تأمينات. ومع ذلك فقد يفضل الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية من ذلك حالة ما إذا كانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة إلى دعوى الحلول، إذ أن هذه المدة تسرى فى شأنها من اليوم الذى يصبح فيه حق الدائن مستحق الاداء، أو إذا كان حق الدائن مما يتقادم بتقادم قصير، فيكون من مصلحة الموفى الرجوع بالدعوى الشخصية حيث أنها لا تسقط إلا باستكمال مدة التقادم من يوم الوفاء وقد تكون مدة التقادم ١٥ سنة. ومن ذلك أيضاً، إذا كان حق الدائن لا يغل فائدة أو كانت فائدته أقل من الفائدة القانونية. كما أنه إذا كان الموفى وكيلاً (م.٧١) أو فضولياً (م ١٩٥ مدنى) فمن مصلحته أن يرجع على المدين بدعواه الشخصية لانه يحق له المطالبة بفائدة ما دفعه وفقاً للسعر القانونى من يوم الدفع.

ثانياً – القيود الواردة على قاعدة حلول الموفى محل الدائن:

هناك حالات لا يكون فيها الحلول كاملاً. ويمكن ارجاع أهم هذه الحالات إلى نوعين رئيسيين.

١- الوفاء الجزئى:

القاعدة: انه «إذا وفى الغير الدائن جزءاً من حقه وحل محله فيه، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك» «فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق، رجع من حل أخيراً هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء» (م ٣٢٠ مدنى). ولدراسة هذا النص ينبغى أن نفرض فرضين:

الفرض الأول: إذا وفى الغير الدائن جزء من حقه وحل محله فيه.. فى هذا الفرض نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئى سبباً لانقضاء الدين بأكمله، أى أنه قد تنازل عن الجزء الباقى. فى هذه الحالة يستفيد المدين دون الموفى بهذا الابراء. لا يرجع الموفى على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقيمة الدين كله.

الحالة الثانية: إذا ارتضى الدائن الوفاء الجزئى دون أن يتنازل عن الجزء الباقى. فى هذه الحالة يتقدم الدائن على الموفى فى استيفاء ما تبقى له فى ذمة المدين. وأساس هذا النص تفسير ارادة المتعاقدين المشتركة، إذ الغالب أن الدائن لا يقبل الوفاء الجزئى من الغير إلا بشرط التقدم على الموفى فى استيفاء باقى حقه من المدين. ويجب ألا يضار الدائن من قبوله الوفاء الجزئى.

الفرض الثانى: إذا حل موف آخر محل الدائن فيما بقى له من حق، فان الموفى الاول والموفى الثانى فى منزلة واحدة فى رجوعهما على المدين، أى أن كلا منهما يرجع بقدر ما هو مستحق له. ويتقاسمان ما يصيبان من مال المدين قسمة غرماء.

٢- الوفاء من أحد الملزمين بالدين:

إذا تم الوفاء بالدين كله من أحد الملزمين به، كالمدين المتضامن، فانه لا يرجع على الباقين إلا بقدر حصة كل منهم فى هذا الدين (م ٢٩٧ مدنى). ولو كان الحلول كاملاً لرجع على أى منهم بكل الدين بعد استنزال نصيبه فيه.

وقد طبق المشرع نفس الحكم بالنسبة للحائز فالقاعدة أنه «إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين، وحل محل الدائنين. فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار» (م ٣٣٠ مدنى).

وهذا النص يعالج الحالة التى يتعدد فيها الحائزون لعقارات ضامنة لنفس الدين. ويحدث ذلك عندما يكون عدة عقارات مرهونة لضمان دين واحد وانتقلت ملكيتها إلى عدة أشخاص كما أن هذا الأمر متصور أيضاً لو كان العقار المرهون واحد إذا بيع جزء منه إلى شخص والجزء الباقى إلى شخص آخر. فإذا وفى أحد الحائزين كل الدين حل محل الدائن فى الرجوع على الحائزين الاخرين. ولكن ليس له بمقتضى هذه الحلول أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين بحسب قيمة ما حازه من عقار (م ٢٣١ مدنى) ولنفهم هذا الحكم نعطى المثال الآتى: لو فرضنا أن الدين قيمته ٦٠٠٠ جنيه، وكان مضموناً برهون ثلاثة، أحدهما على عقار قيمته ٦٠٠٠ جنيه والثانى قيمته ٤٠٠٠ جينه والثالث قيمته ٢٠٠٠ جنيه. ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى ثلاث حائزين مختلفين. فإذا وفى الحائز الاول بكل الدين المضمون للدائن فانه لا يرجع بمقتضى الحلول على الحائزين الاخرين بكل الدين (٦٠٠٠ جنيه) وانما يرجع عليهم بقدر حصة كل منهم بحسب قيمة ما حازه من عقار إلى مقدار هذا الدين، أى أن نصيب الحائز الثانى يكون كالآتى:

نصيب الحائز الأول = (٦٠٠٠ قيمة عقاره × ٦٠٠٠ مبلغ الدين المضمون) / (١٢٠٠٠ قيمة التأمين العينى كله) = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب الحائز الثانى = (٤٠٠٠ قيمة عقاره × ٦٠٠٠ مبلغ الدين المضمون) / (١٢٠٠٠ قيمة التأمين العينى كله) = ٢٠٠٠ جنيه

(مجموع قيمة العقارات الثلاث)

نصيب الحائز الثالث = (٢٠٠٠ قيمة عقاره × ٦٠٠٠ قيمة الدين المضمون) / (١٢٠٠٠ جنيه قيمة التأمين العينى كله) = ١٠٠٠ جنيه

فيتحمل الحائز الأول الذى وفى الدين مبلغ ٣٠٠٠ جنيه فقط ويرجع على الحائز الثانى بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه وعلى الحائز الثالث بمبلغ ١٠٠٠ جنيه.

ويمكن تحديد نصيب كل حائز فى الدين المضمون بطريقة أخرى على النحو التالى:

عقار الحائز الأول	عقار الحائز الثانى	عقار الحائز الثالث
٦٠٠٠	٤٠٠٠	٢٠٠٠

اى بنسبة ٣ : ٢ : ١ = ٦ مجموع الأجزاء

نصيب الحائز الاول = (٦٠٠٠ (قيمة الدين المضمون) × ٣) / ٦ = ٣٠٠٠ جنيه

نصيب الحائز الثانى = (٦٠٠٠ (قيمة الدين المضمون) × ٢) / ٦ = ٢٠٠٠ جنيه

نصيب الحائز الثالث = (٦٠٠٠ (قيمة الدين المضمون) × ١) / ٦ = ١٠٠٠ جنيه

الباب الثانى

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضى الالتزام بما يعادل الوفاء بسبب من الاسباب الآتية، الوفاء بمقابل، التجديد والانابة والمقاصة واتحاد الذمة. والجامع المشترك لهذه الاسباب هو أن كلا منهما يؤدى إلى انقضاء الالتزام دون أن يفى المدين بعين ما التزم به وانما يستوفى الدائن ما يعادل هذا الوفاء. ففى الوفاء بمقابل يتلقى الدائن شيئاً آخر خلاف الشئ محل الالتزام، وفى التجديد يفى المدين الالتزام القديم بانشاء التزام جديد، وفى المقاصة واتحاد الذمة يتم الوفاء للدائن بانقضاء التزام عليه.

الفصل الأول
الوفاء بمقابل

أولاً - التعريف به وطبيعته:

الوفاء بمقابل هو قبول الدائن فى استيفاء حقه مقابلاً يستعيض بـه عن الشئ المستحق أصلا، ويسمى الوفاء بمقابل أيضا بالاعتياض.

والصورة الغالبة للوفاء بمقابل أو الاعتياض، هى أن يكون المدين ملتزماً بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن اعداد المبلغ المطلوب فيقبل الدائن منه فـى استيفاء حقه نقل ملكية عقار أو منقول وفاء لهذا الالتزام، أو أن يحول له حقاً شخصياً ثابتاً للمدين، قبل شخص آخر. على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون الالتزام الاصلى بنقل ملكية عين معينة فيرتضى الدائن بدلاً منها مبلغاً من النقود أو عيناً أخرى.

والوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة تتضمن مزيجاً من التجديد والبيع والوفاء. ولذلك اختلف الفقهاء بصدده[١]. وإذا كان الوفاء بمقابل تصرفاً ناقلاً إلا أن الهدف منه هو الوفاء بالتزام معين ولذلك فهو من هذه الناحية تصرف قانونى منهى للالتزام.

ثانياً - أحكام الوفاء بمقابل:

ان أحكام الوفاء بمقابل هي انعكاس لطبيعته. ولذلك فان القواعد المنظمة للوفاء بمقابل تتضمن أيضاً مزيجاً من أحكام التجديد والبيع والوفاء.

فالوفاء بمقابل يتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المحل. ولذا ينقضى الالتزام القديم وما يتبعه من تأمينات ولو استحق الشئ المعطى للوفاء فى يد الدائن (م ٧٨٣ مدنى). لكن الالتزام الجديد الذى ينشأ محل الالتزام القديم هو التزام باعطاء شئ فى مقابل الدين، لذلك تسرى عليه أحكام البيع، منها على الاخص ما يتعلق بنقل ملكية الشئ، وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية فيه، وأهلية المتعاقدين، فلا تكفى أهلية الوفاء فى الموفى، بل يشترط فيه أهلية التصرف (م ٢٥ مدنى). والمحصلة النهائية لهذا الوفاء بمقابل هو انقضاء الالتزام بالوفاء، لذلك اقتضى الرجوع إلى أحكام الوفاء فى هذا الشأن، فاذا كانت ديون متعددة بين الدائن المدين. وجب مراعاة قواعد احتساب الخصم السابق ذكرها (م٣٥١ مدنى)[٢].

---

(١) انظر فى عرض هذا الخلاف. أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٩٣ ص ٣٤٣ وما بعدها

(٢) انظر أنور سلطان، المرجع السابق، فقرة ٣٩٤ ص ٣٤٤ وما بعدها

الفصل الثانى
التجديد والانابة

الصلة الوثيقة بين التجديد والانابة ترجع إلى أن الانابة تنطوى على تجديد فى بعض صورها. ولذلك سندرس النظامين فى مبحثين على التوالى.

المبحث الاول
التجديد

تجديد الدين هو اتفاق يقصد به استبدال التزام جديد بالتزام قديم مغاير له فى عنصر من عناصره، المدين، الدائن، الدين. وعلى ذلك فان التجديد يعد، فى آن واحد، سبباً من أسباب انقضاء الالتزام ومصدراً من مصادر انشائه، لان به ينقضى الالتزام القديم وينشأ الالتزام الجديد الذى يأخذ محله. وعلى ضوء هذا التعريف ينبغى أن ندرس شروط هذا التجديد وأنواعه، ثم نعرض بعد ذلك لاحكامه.

المطلب الاول
شروط التجديد وانواعه

نعرض فى هذا الصدد لشروط التجديد، ثم نتعرف بعد ذلك على أنواعه.

أولاً - شروط التجديد:

يشترط لوقوع التجديد شروط ثلاثة: ١- وجود التزام قديم، ٢- انشاء التزام جديد، ٣- احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم. وهو ما يعبر عنه بنية التجديد.

١- وجود التزام قديم: يتطلب التجديد وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله. وعلى ذلك إذا كان القديم قد انقضى قبل التجديد بأى سبب آخر من أسباب الانقضاء أو كان هذا الالتزام باطل بطلاناً مطلقاً، وقع الاتفاق على التجديد باطلاً. ولذلك نصت المادة ١/٣٥٣ مدنى على أنه «لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان».

وهذا الحكم لا ينطبق بطبيعة الحال على الالتزام القابل للابطال، إذ يجوز الاتفاق على التجديد بصدد هذا الالتزام. فالالتزام القابل للابطال كما نحن نعلم أنه التزام موجود إلى أن يقضى بابطاله، فإذا قضى بابطاله زال بأثر رجعى، وبطل التجديد كذلك تبعاً لزواله، وكما أن الالتزام القابل للابطال ترد عليه الاجازة. وهذه الاجازة قد تكون صريحة أو ضمنية - ولذلك فانه قد يستفاد من التجديد نية اجازة

الالتزام القديم. وبالتالى التنازل عن الحق فى طلب الابطال مما يترتب عليه تأكد هذا الالتزام، وكذلك تجديده وزوال كل ما يتهدده من خطر الزوال ولذلك نصت المادة ٢/٣٥٣ مدنى على أنه «إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للابطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا كان قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وأن يحل محله».

٢- انشاء التزام جديد:

جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله. وعلى ذلك لا ينقضى الالتزام القديم إلا إذا حل محله التزام جديد، لان الدائن لا يقبل غير ذلك، كما أن التجديد لا يتم إذا كان الالتزام الجديد باطلاً بطلاناً مطلقاً (م ١/٣٥٣ مدنى) أو إذا زال لتحقق الشرط الفاسخ أو لم يوجد لتخلف الشرط الواقف. وفى جميع هذه الأحوال يبقى المدين ملتزماً بالالتزام القديم لانه لم ينقض.

إذا كان الالتزام الجديد قابلاً للابطال، فان الاتفاق على التجديد ينعقد صحيحاً إلى أن يقضى بالابطال، فإذا قضى به زال الالتزام الجديد بأثر رجعى، واعتبر القديم باقياً.

ويلاحظ أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم فى عنصر من عناصره.

٣- نية التجديد:

القاعدة أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، او أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ١/٣٥٤ مدنى) وعلى ذلك فان التجديد لا يقع إلا إذا انصرفت ارادة المتعاقدين إلى انشاء التزام جديد ليحل محل الالتزام القديم، أى يجب أن تتوافر نية التجديد لدى المتعاقدين.

على ذلك فان التجديد لا يستفاد إلا من دلائل قاطعة عليه «وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته، ولا مم ا يدخل على الالتزام من تعديل لا تتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره».

يجب أن يتوافر فى طرفى اتفاق التجديد الاهلية اللازمة لابرامه. والاهلية اللازمة فى التجديد هى أهلية التصرف، إذ أن التجديد من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن. وعلى ذلك فان أهلية الادارة لا تكفى للاتفاق على التجديد.

ثانياً – أنواع التجديد:

سبق أن قلنا أنه لا يتصور التجديد إلا إذا كان الالتزام الجديد مغايراً للالتزام القديم في عنصر من عناصره، كتغير الدائن أو المدين، أو تغيير الدين ذاته.

١- التجديد بتغيير الدائن: وذلك إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الاجنبي هو الدائن الجديد (م ٢/٣٥٢ مدني).

٢- التجديد بتغيير المدين: وذلك يتم بأحد طريقين:

أ – أن يتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون مديناً مكان المدين الاصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الاصلي دون حاجة لرضائه، لان ذلك تعهداً بالوفاء.

ب – أن يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد على أن تبرأ ذمة المدين الاصلي. وتلك هي الانابة الكاملة على النحو الذي سوف نراه فيما بعد.

٣- التجديد بتغيير الدين: ويتجدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره (م ٣٥٢ أولاً مدني). مثال تغيير محل الالتزام أن يتفق الدائن والمدين على أن يلتزم المدين بالقيام بعمل معين أو نقل ملكية عين معينة بدلاً من التزامه بدفع مبلغ من النقود. ومثال تغيير المصدر أن يتفق على أن يستبقي المستأجر أو المشتري الاجرة أو الثمن على سبيل القرض.

المطلب الثاني
أحكام التجديد

أولاً – انقضاء الالتزام الاصلي بتوابعه وانشاء التزام جديد مكانه:

يترتب على التجديد أثر مزدوج، انقضاء الالتزام القديم وانشاء التزام جديد مكانه. ومقتضى ذلك أن تنقضي التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الاصلي بانقضاء الالتزام القديم ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد إلا استثناء بنص في القانون أو الاتفاق أو تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك (م ٢/٣٥٦ مدني).

ثانياً – الاتفاق على نقل التأمينات:

أجاز المشرع الاتفاق على نقل التأمينات ولكن قد فرق بين التأمينات العينية التي قدمها للمدين والتأمينات التي قدمت من الغير.

١- التأمينات العينية التى قدمها المدين: تنص المادة ١/٣٥٧ على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد بشرط مراعاة الاحكام الاتية:

أ - إذا كان التجديد بتغيير الدين، جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضرارا بالغير، مثل دائن مرتهن.

ب - إذا كان التجديد بتغيير المدين، جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم، فى هذه الحالة يصبح المدين القديم، دون حاجة إلى رضائه، كفيلا عينيا للمدين الجديد.

جـ - إذا كان التجديد بتغيير الدائن، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات.

والاتفاق على نقل التأمينات العينية، فى هذه الصور الثلاث لا يكون نافذا الا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد (م ٢/٣٥٧ مدنى) لانه لو تم التجديد دون اتفاق على نقل التأمينات لترتب على ذلك انقضاء تلك التأمينات بانقضاء الالتزام القديم، دون استطاعة بعثها من جديد.

ويشترط للاحتجاج على الغير بتاريخ الاتفاق على التجديد والاتفاق على نقل التأمينات أن يكون هذا التاريخ ثابتا لمنع التواطؤ وحماية الغير. كما يتعين التأشير على هامش قيد التأمين العقارى بالاتفاق على نقله.

٢- التأمينات التى قدمت من الغير: كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن، فانها لا تنتقل إلى الالتزام الجديد الا برضاء الغير بذلك.

المبحث الثانى

الانابة

فى هذا المبحث سوف نعرض فى مطلب أول للتعريف بالانابة وانواعها، ثم نكرس المطلب الثانى للانابة الناقصة لأهميتها العملية فى الوقت الحاضر.

المطلب الاول

التعريف بالانابة وانواعها

فى هذا المطلب سنقف أولاً على تعريف الانابة، ثم نبين ثانياً أنواع هذه الانابة.

أولا – تعريف الانابة:

الانابة عمل قانونى به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكانه (م ١/٣٥٩ مدنى).

الانابة عمل قانونى ثلاثى الاطراف المنيب أى المدين، المناب لديه أى الدائن، والمناب وهو الاجنبى الذى ارتضى الوفاء بالدين مكان المدين.

تقع الانابة فى الغالب إذا كان المنيب (المدين) دائنا للمناب (الاجنبى) فيرتضى الاخير الانابة ليقضى عن طريقها هذا الدين. كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع.

ومع ذلك لا تقتضى الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والاجنبى (م ٢/٣٥٩ مدنى)، فقد لا يكون المناب مدينا للمنيب ومع ذلك يرتضى الانابة بقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب، أو بقصد اقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك[1].

ثانيا – الانابة الكاملة والانابة الناقصة:

ومعيار التفرقة بينهما يكمن فى ابراء ذمة المنيب من عدمه. فالانابة الكاملة تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الاصلى وهو المنيب. وهى تتضمن تجديدا بتغيير المدين وقد تتضمن فى نفس الوقت تجديدا بتغيير الدائن إذا كان هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب فلو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع، فان المشترى (المناب) يصبح مدينا لدائن البائع (المناب لديه) فى دين جديد حل محل دين البائع قبل دائنه، وهذا تجديد بتغيير الدين، وفى نفس الوقت يحل هذا الدين الجديد محل دين المشترى قبل البائع، وهذا تجديد الدائن.

---

(١) أنظر فى دراسة تفصيلية للانابة كوسيلة للضمان، نبيل سعد، الضمانات غير المسماة، السابق الاشارة إليه ص ٥٨ وما بعدها

ويشترط لكى ترتب الانابة الكاملة أثرها من حيث ابرائه ذمة المنيب وهو المدين الاصلى:(١) أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا، وهذا تطبيق للقواعد العامة فى التجديد. (٢) ألا يكون المناب معسرا وقت الانابة (م٣٦٠/٨ مدنى) وهذا منطقى اذ لا يتصور أن يقبل الدائن ابراء ذمة مدينة الاصلى الا إذا توافرت فى المناب الملاءة وقت الانابة، لانه لو كان الامر على غير ذلك فانه يكون نتيجة لجهل الدائن بحالة المناب وبالتالى يكون التجديد قابلا للابطال للغلط أو التدليس.

المطلب الثانى
الانابة الناقصة

وسنعرض فى هذا المطلب لفكرة الانابة الناقصة ثم نبين مدى ما تحققه من ضمان شخصى قوى للمناب لديه.

أولاً: فكرة الانابة:

هنا سنعرض كيف تتحقق الانابة ثم نركز على ذاتيتها.

(١) **كيف تتحقق:** الانابة الناقصة لايبرئ فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينة (المنيب) بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضا من مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب،لان التجديد لا يفترض فى الانابة (م ٢/٣٦٠ مدنى) وعلى ذلك نجد أن هناك مدينين يلتزمان بمقتضى رابطتين مختلفتين، أمام الدائن بكل أو بجزء من الدين.

وتقوم الانابة بجانب وظائفها التقليدية، كوفاء بسيط بالالتزام، أو كهبة غير مباشرة، أو كقرض، بوظيفة أساسية وهى أنها تعطى للدائن ضماناً شخصياً قوياً بأن يكون له مدينان بدلاً من مدين واحد. وقد أتسع نطاق الانابة الناقصة كأداة للضمان فى التشريعات الحديثة وفى مجال التجارة الدولية[١].

ألتزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد من سببه:-

سبق أن رأينا أن الانابة تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

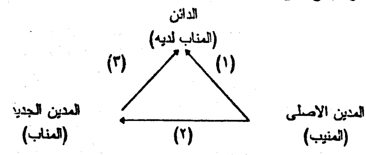
ومن أجل حماية الدائن (المناب لديه) وتحقيقا لاستقرار المعاملات وسرعتها فان المشرع رأى، خلاف للقواعد العامة، أن يجرد التزام المناب قبل المناب لديه

(١) إنظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة المرجع السابق الاشارة إليه ص ٥٩ وما بعدها.

من سببه وسبب التزام المناب يوجد فى العلاقة بين المنيب والمناب فالمناب قد ارتضى أن يلتزم قبل دائن المنيب اما بقصد قضاء دين عليه للمنيب، واما بقصد القرض أو التبرع.

ويترتب على تجريد التزام قبل المناب لديه من السبب أن هذا الالتزام لا يتأثر بما قد يعترى التزام المناب قبل المنيب من أسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك من دفوع، بمعنى أنه يمتنع على المناب أن يتمسك فى مواجهة المناب لديه بأوجه الدفع التى له التمسك بها فى مواجهة المنيب.

وتدعيما لحماية المناب لديه ان التزام المناب قبل المناب لديه يستقل أيضا عن إلتزام المنيب قبل المناب لديه. بحيث يمتنع على المناب كذلك أن يحتج فى مواجهة المناب لدية بالدفوع التى كانت للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب لديه، والرسم التوضيحى التالى يبين ذلك.



وكما هو واضح من الرسم فان العلاقة رقم ٣ أى العلاقة بين المناب والمناب لديه مستقلة عن كل من العلاقة رقم ٢ والتى يرجع إليها السبب فى قبول المناب للانابة والعلاقة رقم ١ وهى العلاقة الأصلية بين المدين والدائن. وعلى ذلك فليس أمام المناب الا أن يؤدى ما التزم به للمناب لديه ولا يبقى له بعد ذلك الا حق الرجوع على المنيب (م ٣٦١ مدنى).

(٢) ذاتيتها: سبق لنا أن رأينا الآلية التى تتم بها الانابة وما تفرزه من التزام مجرد من سببه للمناب قبل المناب لديه مما يستتبع معه تمييز الانابة الناقصة عن غيرها من الأنظمة القانونية التى يمكن أن تختلط بها:

أ - الانابة الناقصة وتعيين جهة الدفع: تشتبه الانابة الناقصة وتعيين جهه الدفع من جانب المدين (م ٢٧٧ مدنى فرنسى) من حيث أنه يسمح باجراء الوفاء البسيط. لكن تتميز الانابة عن تعيين جهة الدفع بسمة أساسية وهى أن المدين المعين لا يصبح ملتزماً شخصياً فى مواجهة الدائن، فهو لم يأخذ على عاتقه أى تعهد فى مواجهته. كما أن الدائن لا يملك فى مواجهته أى حق. لذلك لا يستطيع الدائن

الرجوع عليه لمطالبته بالوفاء. لكن إذا قام المدين المعين بالوفاء للدائن إنما هو يقوم به بصفته نائباً عن المدين الأصلى (م ٣٢٣ مدنى مصرى). بطبيعة الحال يمكن أن يتحول تعيين جهة الدفع إلى إنابة إذا أخذ المدين المعين على عاتقه الوفاء وقبل الدائن ذلك[1].

ب - الانابة وحوالة الحق: الفيصل بين الإنابة وحوالة الحق هو التعهد من جانب المناب وقبوله من جانب المناب لديه. ففى حوالة الحق نجد أن للمدين المحال عليه دور سلبى حيث الأمر يقتصر على مجرد تغيير شخص الدائن ولذلك يكفى أن يعلن الدائن المدين بحوالة الحق حتى تصبح نافذة فى حقه وفى مواجهة الغير. أما فى الانابة نجد العكس أن للمدين دور إيجابى، دور أحد الاطراف، حيث يلزم أولاً بأن يحصل على رضاء الغير بالوفاء بالالتزام ثم موافقة الدائن على ذلك.

كما أن الآثار المترتبة على كل من العمليتين مختلفة تماماً: ففى حوالة الحق نجد أن المدين المحال عليه يمكن أن يدفع فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يمكن أن يدفع بها فى مواجهة المحيل. بينما فى الانابة نجد أن للمناب لديه حق جديد فى مواجهة المناب، نطاق هذا الحق وفعاليته يتوقف على شروط الانابة. كما أن آثار كل من العمليتين فى مواجهة الغير مختلفة أيضاً ففى حوالة الحق نجد أنها لا تصبح نافذة فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان أو القبول الثابت التاريخ. أما الانابة فانها لا تخضع لأى إجراء من إجراءات العلانية وإنما تنتج آثارها من الوقت الذى يقبل فيه المناب لديه (الدائن) تعهد المناب مع التحفظ من حيث الاحتجاج بتاريخ هذا الاتفاق فى مواجهة الغير إذ يخضع فى هذا الشأن للقواعد العامة فى الاثبات.

ومع ذلك فانه ليس من السهل دائماً التمييز بينهما. فكل منهما يؤدى إلى إنقضاء بسيط لالتزامين سابقين، فمثلاً من يقوم باعادة بيع عقار تم إكتسابه عن طريق قرض ما زال سارياً يستطيع إما أن ينيب المتصرف إليه لدى المقرض وهذا يفترض تعهد الأول فى مواجهة الثانى، وإما أن يحيل إلى المقرض حقه فى الثمن فى مواجهة المتصرف إليه. وهذا ما يفسر خلط القضاء الفرنسى بينهما فى بعض الاحيان[2]. كما أن العمل يجرى على الخلط بينهما[3].

---

(١) إنظر فى تعيين جهة الدفع فى القانون الفرنسى

- Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. citl, n° 791 p. 565.

(٢) انظر على سبيل المثال

- Com. 5 Nov. 1980, D. 81. 134.

(٣) ففى بعض الصيغ المستعمله فى مجال كتاب العدل (Les notaires) يعتقد أنه من المفيد أن يحدد فى عبارات صريحة فى حالة حوالة الحق «أنه أحال وأناب ونقل، بل وحل محله» إنظر Ph. Malaurie, L. Aynès. op. cit., n° 906 p. 578.

فى الواقع أن الصعوبة تعرض، بصفة خاصة، فى حالة قبول المدين لحوالة الحق (م. ١٦٩ مدنى فرنسى، م ٣٠٥ مدنى مصرى) فيثور التساؤل، هل يأخذ المدين، بقبوله هذا، على عاتقه التزاماً جديداً أم أنه يقر فقط بمجرد علمه بحوالة الحق؟ والاجابة على هذا التساؤل تتعلق بالتفسير الذى يدخل فى السلطة التقديرية المطلقة لقاضى الموضوع.

(جـ) الانابة الناقصة والاشتراط لمصلحة الغير: فى الواقع أن الوضع الناشئ عن الانابة الناقصة يشبه الوضع الناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير وذلك عندما يطلب المشترط من المتعهد أن يلتزم فى مواجهة الغير (المستفيد).

فإذا كان المستفيد دائناً من قبل للمشترط فانه يصبح تحت تصرفه دعواه الأصلية فى مواجهته علاوة على ماله من حق ناشئ عن الاشتراط لمصلحة الغير.

ومع ذلك هناك فروق بين الوضعين سواء من حيث الشروط أو من حيث الآثار:

- فمن حيث الشروط، نجد أن الانابة تستلزم تلاقى الإرادات بين ثلاثة أطراف، المنيب والمناب والمناب لديه. وحق المناب لديه لا ينشأ فى مواجهة المناب إلا عندما يقبل المناب لديه الانابة. على العكس من ذلك الاشتراط لمصلحة الغير حيث أنه ينشئ للغير المستفيد حقاً مباشراً منذ الوقت الذى يتم الاتفاق فيه بين المشترط والمتعهد وحتى قبل أن يقبل الغير (المستفيد).

- من حيث الآثار، يعتبر حق المناب لديه فى مواجهة المناب مستقلاً تماماً عن العلاقة بين المناب والمنيب. على العكس من ذلك نجد أن فعالية الاشتراط لمصلحة الغير ترتكز أساساً على العقد الأصلى، فحق المستفيد فى مواجهة المتعهد يعتمد أساساً على العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولذلك فان المتعهد يستطيع أن يدفع فى مواجهة الغير (المستفيد) بكل الدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة المشترط.

ومع ذلك فان القضاء الفرنسى يخلط فى بعض الاحيان بين العمليتين(١).

ثانياً: مدى ما تحققه الانابة الناقصة من ضمان

فى هذا الصدد يجب أن نقف على جوهر الانابة، ثم بعد ذلك نعرض لعناصر القوة فى الانابة كأداة للضمان الشخصى.

---

(١) انظر على سبيل المثال

- Paris, 8 Fév. 1878, sous civ. 17 Fév. 1879, S.80. I. 449; Paris 31 Mai 1979, D. 80.484, n. Parleani, V° en général Ph. Malaurie, L.Aynès, les obligations, op.cit. n° 807 p. 579.

١ - جوهر الانابة:

تقوم الانابة على تعدد المدنيين الذين يرجع الدائن على أيهم شاء. ففى الانابة الناقصة يوجد أمام الدائن (المناب لديه) المنيب (مدينه الأصلى) والمناب (مدينه الجديد) وكل منهما يلتزم فى مواجهته طبقاً لعلاقتين مختلفتين. لكن ليس للمناب لديه أن يتقاضى الدينين، ولذلك فإن الوفاء من أحدهم مبرئ للآخر.

هذا الوضع قد يتشابه ظاهرياً مع الوضع فى الكفالة والدعوى المباشرة. ولذلك ينبغى أن تميز بينهم

(أ) الفرق بين الكفالة والانابة الناقصة: المعيار الفاصل بين الكفيل والمناب يستمد من محل التزام كل منهما:

- فالكفيل يلتزم بدفع دين شخص آخر هو المدين الأصلى، إذا لم يقم هذا الأخير بالوفاء به.

- المناب يلتزم بأن يدفع للمناب لديه دينه الخاص فى مواجهته.

يترتب على ذلك:

- ان التزام الكفيل التزام إحتياطى بينما التزام المناب التزام أصلى

- فالتزام المناب التزام جديد وعلاقته مع المناب لديه ليس لها نفس خصائص أو صفات علاقته مع المنيب. وهذا الالتزام الخاص والجديد فى مواجهة المناب لديه لا يسمح للمناب بأن يدفع فى مواجهته بالدفوع التى كان له أن يدفع بها فى مواجهة المنيب على النحو السابق بيانه.

حتى فى المنطقة التى يقترب فيها التشابه بين الانابة والكفالة، كما لو أن المناب لم يلتزم فى مواجهة المناب لديه إلا فى حدود دينه فى مواجهة المنيب، أو فى حدود دين المنيب فى مواجهة المناب لديه، فإنه يبقى مع ذلك فارق أساسى هام بينهما وهو أن التزام المناب إلتزام مستقل، حيث أن الالتزام الأصلى ليس محلاً لهذا الالتزام ولكنه وصف قد لحق به[1]، بينما التزام الكفيل التزام تابع، والالتزام الأصلى محلاً له.

(ب) الفرق بين الانابة الناقصة والدعوى المباشرة: إذا كان كل من الانابة والدعوى المباشرة يشتركان فى تسهيل ضمان الوفاء بالالتزام إلا أنه يبقى مع ذلك فروق أساسية بينهما نجملها فيما يلى:

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, 2ᵉ éd 1988, éd. ciyas, n°328, p. 107

فالدعوى المباشرة تعد إستثناء من قاعدة نسبية أثار العقد، حيث أن المدعى فى الدعوى المباشرة (الدائن) يعتبر من الغير بالنسبة للمدعى عليه (مدين المدين) ولذلك فإن الدعوى المباشرة تنشئ رابطة التزام مباشر بين شخصين من الغير مرتبطين على سبيل التبادل مع نفس الشخص وهو المدين الرئيسى، ولهذا السبب فان الدعوى المباشرة لا تكون إلا بناء على نص فى القانون.

بينما الانابة تجد مصدرها فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب والمناب لديه. وهذا الاتفاق هو الذى يحدد نطاقها وفعاليتها.

علاوة على ذلك فان حق الدائن لا يتعلق، كقاعدة عامة، بما هو مستحق لدى مدين المدين إلا من وقت مباشرة هذه الدعوى. وإلى أن يباشر الدائن هذه الدعوى فان ما هو مستحق للمدين لدى مدينه يبقى فى ذمته ويمكن أن ينقضى بالوفاء أو بأى وسيلة أخرى من وسائل إنقضاء الالتزام. أما الانابة تجعل المناب مديناً فى الحال وبطريقة مستقلة فى مواجهة المناب لديه.

٢- عناصر القوة فى الانابة الناقصة:

سبق أن نوهنا إلى إتساع نطاق الانابة الناقصة كأداة للضمان فى التشريعات الحديثة وفى مجال التجارة الدولية. ولذلك يتعين علينا الآن الكشف عن أسباب القوة فى الانابة كأداة للضمان والتى أدت إلى هذا الانتشار.

تكمن قوة الانابة وذاتيتها فى قاعدتين أساسيتين:

١- عدم الاحتجاج بالدفوع.

٢- رجوع المناب.

ولنر بشئ من التفصيل هاتين القاعدتين.

(أ) عدم الاحتجاج بالدفوع ونطاقه:

المبدأ: من أهم عناصر القوة فى الانابة مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع الذى يهيمن على أحكامها. ومقتضى هذا المبدأ أن المناب لا يستطيع أن يتنصل من تنفيذ التزامه نحو المناب لديه بالاستناد إلى دفع (ببطلان أو بفسخ أو بعدم تنفيذ) ناشئ عن علاقته مع المنيب أو ناشئ عن علاقة المنيب بالمناب لديه على النحو السابق إيضاحه.

- **نطاقه:** وعلى ذلك سنحاول أن نتعقب تطبيق هذا المبدأ على العلاقة فيما بين المنيب والمناب، ثم بعد ذلك فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب: قد قرر القضاء الفرنسى - ودون الاستناد إلى أى نص - أن المناب لا يستطيع أن يدفع فى مواجهة المناب

لديه باى دفع كان المناب يستطيع أن يدفع بـه فـى مواجهـة المنيب. فيبغى على المناب أن ينفذ التزامه فى مواجهة المناب لديه، على أن يكون له الرجوع بعد ذلك على المنيب. هذه القاعدة ليست محل نقاش لأنها قديمة ومستقرة(1).

ويمكن تفسير هذه القاعدة بسببين:

الأول: أن التزام المناب التزام جديد، فالمناب لديه له حق ذاتيه خاص ناشئ عن التعهد الصادر من المنـاب نحـوه، فهو لا يستعمل حـق مدينـه (وهـو مـا يميز الانابة عن حوالة الحق).

الثانى: أن المناب لديـه أجنبـى عـن العلاقـة بيـن المنـاب والمنيـب، وبالتـالى يكون عدم الاحتجاج بـالدفوع نوعـاً مـن الحمايـة، بصفـة عامـة، للغير حسـن النيـة كدستور للعلاقات الخاصة.

- **حدود المبدأ:** مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع لا يتعلق بالنظام العام وإنمـا هـو مقرر لحماية المناب لديه لذلك يمكن بهذا الأخير أن يرتضـى التنـازل عنـه فليس هناك ما يمنع من الاتفاق بين المناب والمناب لديـه علـى أن يكـون للمنـاب التمسـك بالدفوع التى كانت له قبل المنيب (م ٣٦١ مدنى العبارة الأخيره) كما أنـه يمكـن أن يستفاد هذا الاستبعاد عندما يلـتزم المنـاب فـى حدود التزامـه فـى مواجهـة المنيـب، أو عندمـا يتعهد بدفـع مـا هـو مستحق عليـه للمنيـب، ممـا يجعل التزامـه خاضعـاً للشروط التى هو مدين طبقاً لها فـى مواجهـة المنيـب (وهـذا مـا يقرب الانابـة مـن الحوالة). كما أن هذا المبدأ لا ينطبق إذا كـان المنـاب لديـه سـئ النيـه، عندمـا يعلـم بالعيوب التى تلحق بسبب التزام المناب فى مواجهته، وبصفة خاصـة عندمـا يكـون هناك تواطؤ على الغش.

- **الدفوع الناشئة عن علاقة المنيب بالمناب لديه:**

يمتنع كذلك على المناب أن يدفع فى مواجهة المناب لديه بالدفوع الناشئة عن العلاقة بين المنيب والمناب لديه ليتخلص من التزامه فى مواجهة المناب لديه.

وأكثر التطبيقات العملية الحالية لهذه القاعدة الضمان المستقل La garantie autonome فـالبنك الضـامن لا يستطيع أن يدفـع فـى مواجهـة الدائـن (المسـتفيد) بالدفوع التى كان يمكن ان يدفع بها فى مواجهة المدين.

---

(1) - Civ. 31 Mars. 1852, D. P. 52- I. 162; Req. 7 Mars 1855, D.P. 55. I. 107; Civ. 24 Janv. 1872, D.P.73. I. 75; Civ. 1, 26 Janv. 1960, B.I. n° 55; Planiol et Ripert, t.VII. n° 1274: Ripert et Boulanger, t. II, n° 1782; Marty et Raynaud, n° 842; Weill et Terré; n° 1055; Mazeaud - chabas. n° 1250.

هذه القاعدة تطبق دون أدنى صعوبة، عندما يلتزم المناب بأن يدفع مبلغاً معينا من النقود طبقاً لهذا الشرط أو ذاك كما هو الشأن بالنسبة للضمان المستقل (كالضمان بمجرد الطلب (la garantie à première demande) لأنه ليس هناك أدنى إحالة إلى العلاقة بين المنيب والمناب لديه[1].

حدوده: أما عندما يتعهد المناب بدفع «ما هو مستحق للمناب لديه على المنيب» فان محل التزامه يتحدد بالاحالة إلى التزام المنيب، ولذلك يسمح للمناب أن يحتج فى مواجهة المناب لديه بأسباب البطلان أو الانقضاء أو غير ذلك مما يلحق بالتزام المنيب، هذا الوضع يقترب بشدة من حوالة الحق، فالمدين الجديد له نفس الخصائص الموضوعية للالتزام القديم. لكن يبقى مع ذلك فارق جوهرى وهو أن التزام المناب التزام جديد، وليس حوالة لالتزام موجود، وعلاقته بالمناب لديه ليست لها نفس الخصائص والصفات للعلاقة التى تربط بين المنيب والمناب لديه.

فالعلاقة القانونية الجديدة التى نشأت بين المناب والمناب لديه لها أثر هام وهو أنه يمتنع على المناب لديه أن يرفع دعوى الفسخ للعلاقة الأصلية فى مواجهة المناب فى حالة عدم التنفيذ من جانب المناب لالتزامه[2] وإنما يستطيع أن يباشرها فى مواجهة المنيب فقط الطرف الأساسى فى العلاقة الأصلية. ويرجع ذلك إلى أن التزام المناب ليس التزاماً تابعاً وإنما هو التزام مستقل، التزام بالضمان لا يجد سببه فى العلاقة بين المنيب والمناب لديه.

(ب) مدى حق المناب فى الرجوع:

نحن نعلم أن الكفيل إذا قام بالوفاء بالتزام المدين فانه يكون له الحق فى الرجوع عليه لأنه قام بالوفاء بالتزام غيره. وللكفيل أن يرجع على المدين إما بدعوى شخصية (دعوى الكفالة) أو بدعوى الحلول وذلك طبقاً للحلول القانونى لأنه ملتزم عن المدين (١٢٥١/٣ مدنى فرنسى، م ٧٩٩ مدنى مصرى - م ٣٢٦/أ مدنى مصرى).

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، الضمانات غير المسماه السابق الاشارة إليه ص ١٢٩ - ١٤٥.

(٢) مثال ذلك فى حالة أخذ المناب على عاتقه الالتزام بدفع المرتب لمدى الحياة فان المستحق (البائع الأصلى) المناب لديه لا يستطيع أن يرفع ضد المناب (المتصرف إليه) دعوى بفسخ عقد البيع، سواء عقد البيع الأصلى أو عقد البيع الثانى، حيث أن المناب يعتبر حائزا من الغير والتزامه التزام مستقل، وكل ما يستطيع أن يفعله المناب لديه أن يرفع هذه الدعوى على المنيب الطرف الأساسى فى العلاقة الأصليه، كما هو موضح فى الشكل التالى:

البائع (الدائن المستحق) المناب لديه	← عقد البيع الأصلى	المشترى المدين بالثمن (المنيب)	← عقد البيع الثانى	المتصر إليه (المناب) الملتزم بدفع المرتب لمدى الحياة

هل المناب ملتزم عن المدين؟ فى الواقع نجد أن المناب، وعلى العكس من الكفيل، عندما يقوم بالوفاء للمناب لديه إنما يوفى بدينه فى مواجهة المنيب ولذلك لا يملك - كقاعدة عامه - الرجوع على المنيب. وهذا هو الفرض الغالب.

لكن قد يحدث مع ذلك، أن المناب يتعهد للمناب لديه بالرغم من أنه ليس مديناً للمنيب، أو أنه ينبغى عليه الوفاء للمناب لديه فى حين أن إلتزامه فى مواجهة المنيب كان باطلاً أو إنقضى. ففى هذه الحالات يكون له الرجوع بالدعوى الشخصية حسب طبيعة الاتفاق فى الفرض الأول أو بدعوى الاثراء بلا سبب فى الفرض الثانى. لكن يبقى السؤال قائماً هل فى هذه الفروض له أن يرجع بدعوى الحلول فى هذه الحالات؟

فى الواقع، أنه من المشكوك فيه أن يكون للمناب الرجوع بدعوى الحلول فى هذه الحالات لأنه لم يلتزم فى مواجهة المناب لديه «مع أو عن الغير» (١٢٥١/٣ مدنى فرنسى، م ٣٢٦/ أ مدنى مصرى) وإنما هو التزام بدين مستقل ومتميز عن دين المنيب منذ البداية.

وعلى ذلك إذا أخذنا بمفهوم ضيق للحلول، كما فعل القضاء الفرنسى إبتداء[١]، فانه لا يكون للمناب الحلول القانونى محل المناب لديه فى رجوعه على المنيب. أما إذا أخذنا بمفهوم واسع للحلول، وذلك لاعتبارات إقتصادية أكثر منها قانونية، فان المناب يستطيع أن يحل محل المناب لديه ويستفيد من التأمينات وخصائص الدين الذى حل فيه فى مواجهة المنيب وذلك لتدعيم الانابة الناقصة كوسيلة للضمان وبالتالى تشجيع الائتمان.

- نخلص من كل ما تقدم أن الانابة الناقصة تعتبر ضماناً مرناً وأكثر فعالية من الكفالة، وأن نظامها القانونى يتوقف إلى حد بعيد على الاتفاق.

---

(١) Ph. Malaurie, L. Aynès. les sûretés n° 329 p. 108.

الفصل الثالث
المقاصة

التعريف بالمقاصة:

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للاخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما. فبدلا من أن يوفي كل منهما بدينه للاخر، يتقاص الدينان فينقضي الدينان بقدر الاقل منهما، فيكون المدين بالدين الاقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدين الاكبر قد وفى ببعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عاديا، فالمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء.

وتظهر الاهمية العملية للمقاصة في تيسير وضمان الوفاء بالالتزام. فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر. ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة، فهي تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الاخر، فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه[1].

وقد نص القانون على شروط معينة، إذا توافرت وقعت المقاصة بحكم القانون، وهذه هي المقاصة القانونية. وقد نظم المشرع أحكامها تفصيلا في المواد ٣٦٣ - ٣٦٩ مدني. وبجانب المقاصة القانونية يوجد نوعان أخران من المقاصة هما المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية. وسوف ندرس أحكام المقاصة القانونية بنوع من التفصيل، ثم نوجز الحديث بعد ذلك عن المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية.

---

(١) أنظر في المقاصة كوسيلة للضمان لما تعطيه من مركز قانوني متميز مؤلفنا في الضمانات غير المسماه السابق الاشارة إليه ص ٢٦ وما بعدها

المبحث الأول
المقاصة القانونية

ولدراسة المقاصة القانونية ينبغي علينا التعرض أولا لشروطها، وثانيا لآثارها.

المطلب الأول
شروط المقاصة القانونية

تدور شروط المقاصة حول فكرة واحدة، وهي أن المقاصة وفاء للدين بالحق، وأن هذا الوفاء يتم بقوة القانون. ولذلك تنص المادة ٣٦٢ مدني على أنه « ١- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما خاليا من النزاع، مستحق الاداء، صالحا للمطالبة به قضاء»، «٢- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر موعد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن». وعلى ذلك ينبغي أن تتوافر الشروط التالية:

١- التقابل بين الدينين:

ويقصد بذلك أن يكون كل من الطرفين دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت وبنفس الصفة. وعلى ذلك تمتنع المقاصة إذا أصبح المدين دائنا لدائنه بعد اعلانه بحوالة الحق. كما أن المقاصة لا تقع إذا كان أحد الطرفين مدينا بصفته الشخصية ودائنا بصفته وصيا على قاصر أو وكيلا أو مدير الشركة.

٢- التماثل في المحل بين الدينين:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون موضوع كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة (م ٣٦٢ مدني) وعلى ذلك لا تتصور المقاصة بالنسبة للالتزامات بعمل أو امتناع عن عمل.

٣- صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء:

يقصد بذلك أن يكون كل من الدينين من الممكن رفع الدعوى به لقهر المدين على الوفاء به، وذلك لان المقاصة وفاء جبري[1]. وعلى ذلك لا تقع المقاصة إذا كان أحد الالتزامين التزاما طبيعيا والآخر التزاما مدنيا.

---

(١) نقض ١٠/٢/١٩٩٤، س ٤٥ ص ٣٣٦.

٤- استحقاق الدينين للاداء:

يجب أن يكون كل ن الدينين مستحق الاداء. وذلك لان المقاصه وفاء جبرى ولا يجوز جبر المدين على الوفاء الا إذا حل أجل الاستحقاق ولذلك لا تقع المقاصة بين دين مضاف إلى أجل ودين حال، ولا بين دينين مؤجلين الا إذا حل الاجل او سقط لسبب من أسباب السقوط.

أما إذا كان الاجل قضائيا، مهلة منحها القاضى، نظرة الميسرة، أو تبرع بها الدائن، فانه لا يمنع حق المقاصة (م ٢/٣٦٢ مدنى) ويرجع السبب فى ذلك إلى أن الدين كان فى الاصل مستحق الاداء، وقد أمهل المدين لانه غير قادر على الوفاء، فاذا تبين انه قادر على الوفاء عن طريق المقاصة، لانه أصبح دائنا لدائنه، وقعت المقاصة قبل انقضاء الاجل، حيث لا مبرر لحرمان الدائن من أن يستوفى حقه عن طريق التمسك بالمقاصة.

٥- خلو الدينين من النزاع:

ويقصد بذلك أن يكون كل منهما محقق الوجود لا شك فى ثبوته، ومحددا فى مقداره[1] . فإذا ثار نزاع حول وجوده أو مقداره فلا تقع المقاصة . ويشترط أن يكون هذا النزاع جديا حتى تمتنع المقاصة القانونية.

٦- قابلية كل من الدينين للحجز:

فلا تقع المقاصة إذا كان أحد الحقين لا يجوز الحجز عليه (م ٣٦٤/ج) وذلك لان دين كل من الطرفين يستوفى قهرا من الحق الثابت له.

هذه هى الشروط التى يجب توافرها لوقوع المقاصة القانونية ولا يشترط بعد ذلك أى شرط آخر. فلا يشترط أهلية الوفاء، وذلك لان المقاصة وفاء قهرى لا اختيارى، ولا يشترط أن يكون الدينان قد نشأ عن مصدر واحد (م ١/٣٦٢ مدنى)، أو أن يكون بينهما ارتباط كما هو الحال فى الحق فى الحبس.

كما لا يشترط اتحاد مكان الوفاء. ولكن بمقتضى المادة ٣٦٣ مدنى، يتعين على من يتمسك بالمقاصة رغم اختلاف مكان الوفاء فى الدينين أن يعوض الطرف الاخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ما له من حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك.

---

(١) نقض ١٩٩٤/٢/١٠ س ٤٥ ص ٣٣٦

الديون التى لا يجوز فيها المقاصة القانونية:

تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الاحوال الآتية:

أ – إذا كان أحد الدينين نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده.

ب ـ إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده (م ٣٦٤ مدنى)

المطلب الثانى
أحكام المقاصة القانونية

وهنا يجب أن نتعرف على كيفية وقوع المقاصة، ثم نعرض بعد ذلك لما يترتب عليها من آثار.

أولا ـ كيفية وقوع المقاصة:

القاعدة أنه «لا تقع المقاصة الا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها،ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها».

وعلى ضوء هذه القاعدة يشترط لوقوع المقاصة التمسك بها ممن له مصلحة فيها كما أنها لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها.

١– وجوب التمسك بالمقاصة:

لاتقع المقاصة الا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. فالمقاصة ليست من النظام العام. ولذلك لايجوز للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

والذى له مصلحة فى وقوع المقاصة هو أولا المدين فى كل من الدينين المتقابلين. وكذلك للكفيل، إذا ما طالبه الدائن بالوفاء بدين المدين، أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين وما هو مستحق للمدين على هذا الدائن. ولحائز لعقار المرهون ضمانا للدين أن يتمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين الراهن وما هو مستحق على الدائن المرتهن وذلك حتى ينقضى الرهن الذى يثقل العقار بالتبعية لانقضاء الدين المضمون بالمقاصة. وكذلك الامر بالنسبة للمدين المتضامن يجوز له أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المدين فحسب (م ٢٨٧ مدنى).

والتمسك بالمقاصة يكون فى صورة دفع لمطالبة الدائن لمدينة بالوفاء بحقه عليه، أو عن طريق دعوى مبتدأة يرفعها صاحب الشأن طالبا فيها تقرير الحصة

بين دينه والحق الذى له. ويصلح التمسك بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى. بل يجوز التمسك بالمقاصة بعد الحكم وعندالشروع فى التنفيذما لم يتضح أن سكوت صاحب الشأن مبناه النزول عن المقاصة

٢- لايجوز النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها:

إذا كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك فانها لاتقع الا إذا تمسك بها صاحب المصلحة فيها، كما أنه لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بها، رغم توافر شروطها وثبوت الحق له فيها.

ولكن حماية للمدينين من عسف الدائنين قد نص المشرع على عدم جواز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، وذلك خشية أن يصبح الاتفاق على النزول عنها شرطا مألوفا دارجا.

ثانيا: آثار المقاصة

فى هذا الصدد سوف نرى أن آثار المقاصة تتلخص فى انقضاء الدينين بقدر الاقل منها، وأن هذا الانقضاء يكون من الوقت الذى يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة. كما أنه يمتنع وقوع المقاصة اضرارا بالغير. أو عندما يكون أحد الطرفين فى حالة إفلاس.

١- انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما:

نحن نعلم أن المقاصة تتضمن معنى الوفاء، ولذلك فان أثرها المباشر هو انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما (م ٢/٣٦٥ مدنى). وهذا يعنى أن كلا من الطرفين يوفى دينه بحقه، وإذا اختلف مقدار الدينين، فان انقاضاءهما بقدر الاقل منهما يعنى أن الدين الاكثر قد وفى به وفاء جزئيا،وهذه هى احدى الحالات الاستثنائية التى يصح فيها الوفاء الجزئى بنص القانون دون حاجة إلى رضاء الدائن.

كما أن إحتساب الخصم فيها كاحتساب الخصم فى الوفاء، إذا تعددت فى جانب أحد الطرفين الديون الجائز المقاصة فيها (م ٢/٣٦٥ مدنى).

٢- انقضاء الدينين من الوقت الذى يصبحان فيه صالحين لمقاصة:

إذا كانت القاعدة ان المقاصة لا تقع الا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها، فان هذا لا يمنع من أنها تقع بحكم القانون بمعنى أنه متى تم التمسك بالمقاصة وجب على القاضى الحكم بها ما دامت شروطها قد توافرت. ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الاقل منهما منذ الوقت الذى توافرت فيه هذه الشروط، أو بعبارة أخرى «منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة» (م ٢/٣٦٥).

فحكم القاضى فى هذه الحالة مقرر للمقاصة التى وقعت من قبل. يترتب على هذا المبدأ النتائج الاتية:

أ - إذا كان أحد الدينين يغل فائدة فلا تحتسب هذه الفائدة الا عن المدة السابقة لتوافر شروط المقاصة. أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عنها فوائد لان الدين قد انقضى منذ الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة.

ب - إذا كان يترتب على المقاصة انقضاء الدينين من الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، لذلك فانها ترتب أثرها مادام الدين الذى توافرت فيه شروط المعاصة قائما لم ينقض بالتقادم فى هذا الوقت ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة (م ٣٦٦ مدنى).

٣- امتناع وقوع المقاصة اضرار بالغير (م ١/٣٦٧ مدنى):

ويعتبر ذلك من المبادئ العامة التى تحكم آثار المقاصـــة بالنسبة للغير. وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للحجز الموقع من الغير، وبالنسبة لحوالة الحق بعد قبولها وأخيرا النزول عن المقاصة.

(١) إذا وقع الغير حجزا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنة، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز (م ٢/٦٣٧ مدني) ولا يبقى لهذا المدين الا أن يحجز تحت يد نفسه، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الاول فى إقتسام الدين المحجوز عند التوزيع.

(٢) قبول الحوالة دون تحفظ. إذا توافرت شروط المقاصة القانونية بين دينين، وقام أحد الدائنين بالرغم من ذلك بحوالة حقه إلى شخص آخر وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ، امتنع عليه بعد ذلك التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له، وتعين عليه أن يوفى لهذا الاخير بالحق المحال به. ثم الرجوع على المحيل بما له من حق قبله (م ١/٣٦٨ مدنى). لكن إذا كان نفاذ الحوالة قد تم عن طريق اعلانه بها لا قبوله لها فان هذه الحوالة لا تمنعه من أن يتمسك بالمقاصة (م ٢/٣٦٨ مدنى).

(٣) الوفاء بعد ثبوت الحق فى المقاصة: إذا وفى المدين دينا كان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك اضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه، الا إذا كان يجهل وجود هذا الحق (٣٦٩ مدنى). وعلى ذلك إذا كان الموفى يعلم وقت الوفاء أنه له حقا قبل دائنه ووفى بدينه، رغم ذلك، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة، اذ يعتبر قد تنازل عنها، وبالتالى ليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن اضرار بالدائنين التالين له فى المرتبة.

٤- إمتناع وقوع المقاصة فى حالة إفلاس أحد الطرفين: إذا كان لا يلزم أن يكون هناك إرتباط بين الدينين المتقابلين، أى لا يشترط أن ينشأ الدينين من نفس الرابطة القانونية، كأن يكون مصدرها نفس العقد الملزم للجانبين، بل إن إختلاف مصدر الدينين لا يحول دون وقوع المقاصة لكن صدور حكم بشهر إفلاس المدين يحول دون وقوع المقاصة(١).

وتبرر هذه القاعدة، بصفة عامة، بفكرة المساواة بين الدائنين التى تهيمن على هذا الموضوع، وذلك على أساس أن المقاصة تسمح بخرق هذه القاعدة. فمن الملاحظ أن ذمة المدين تتحدد بيوم صدور حكم بافتتاح إجراءات التصفية وبالتالى لا ينبغى ألا تعدل المقاصة من محتواها(٢).

وعلى ذلك فان الشخص الذى يعتبر دائناً ومديناً لأحد التجار فى حالة إفلاس ينبغى عليه أن يدفع بالكامل ما هو مستحق عليه بينما لا يدفع له إلا جزء من حقه لأنه سيخضع عندئذ لقسمة الغرماء.

ويرد على هذه القاعدة القاسية إستثناءان:

الأول: يتعلق بفترة الريبة، أى التى تبدأ من وقت التوقف عن الدفع "ى يوم صدور الحكم المعلن لحالة الافلاس إذ فى هذه الحالة تظل المقاصة القانونية ممكنه أثناء فترة الريبة فيما عدا حالة الغش.

الثانى: القواعد الخاصة بالديون المرتبطة والحساب الجارى.

بالنسبة للديون المرتبطة نجد أنه بالرغم من التسوية القضائية أو التصفية لأموال المدين فان المقاصة تظل ممكنه بين هذه الديون.

والديون المرتبطة هى الديون التى تنشأ عن نفس الرابطة القانونية كحساب أو من نفس العقد، كالعقد الملزم للجانبين، أو حتى من عقدين مختلفين ولكن توجد بينهما رابطة قوية(٣).

وتظهر أهمية هذه القاعدة بصفة خاصة بالنسبة للمقاصة القضائية، فمنذ عام ١٩٦٧ ومحكمة النقض الفرنسية تقرر أنه عندما يكون هناك إرتباط بين الدينين وكان أحدهما غير خال من النزاع أو غير مستحق الأداء، فانه ينبغى على القاضى

---

(١) - Com. 18 Oct. 1961, B. III, n° 366, Ph. Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. cit. n° 674, p. 480.

(٢) - G. Ripert et R. Roblat, Traité élémentaire de droit Commercial, L.G.D.J. 9e éd. 1981, n° 3044.

(٣) - Ph Malaurie, L. Aynès, les obligations, op. cit. n° 679 note 65, p. 483.

أن يحكم بالمقاصة بعد أن يفصل فى النزاع أو بعد أن يصبح الدين مستحق الاداء وفى جميع الأحوال يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود[١]

- أما بالنسبة للحساب الجارى، فى الواقع أنه بصدد الحساب الجارى يتحقق نوع من الاندماج بين ديون وحقوق الأطراف فى رصيد نهائى هو الذى يؤخذ فى الاعتبار. الرصيد النهائى هو نتيجة لكل القيود المحاسبية السلبية والايجابية للأطراف، وقفل الحساب يعطى بطريقة دورية وآلية هذا الرصيد.

ومن الطبيعى أن إفلاس أحد الطرفين يؤدى إلى قفل الحساب الجارى وبالتالى يمتنع إجراء أى قيد جديد سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم ويستخلص رصيد الحساب فى الحالة التى يكون عليها وقت صدور حكم الافلاس. ويترتب على ذلك أن يتحدد مركز الطرف المفلس، فإذا كان الرصيد دائناً وجب على الطرف الآخر أن يؤديه إلى السنديك، وإذا كان مديناً تقدم الطرف الآخر إلى التفليسة مطالبا به ضمن جماعة الدائنين ويخضع فى ذلك لقسمة الغرماء ما لم يكن دينه مضموناً بضمان خاص[٢].

ومع ذلك، فان البنك الذى يرتبط بحساب جار مع العميل المفلس، بالرغم من أنه دائن عادى، يتمتع بمركز متميز حيث أنه يفلت من مزاحمة باقى الدائنين العاديين له نتيجة المقاصة التى تتم بين جميع بنود الحساب فيعفى من الوفاء بالجانب المدين فى الحدود التى يكون دائنا فيها، ويدخل التفليسة بقدر الرصيد الدائن، فلا يتعرض لمزاحمة بقية دائنى المفلس إلا فى حدود هذا القدر وحده[٣] كل ذلك يعد خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين الذى يقوم عليه نظام الافلاس، ويرجع ذلك إلى قاعدة التجديد وعدم التجزئة التى تحكم آثار الحساب الجارى[٤].

---

(١) - Ph. Malaurie, L. Aynès. op. cit, note 67 n° 679, p. 483.

(٢) على البارودى، القانون التجارى الأوراق التجارية، العقود التجارية وعمليات البنوك - الافلاس منشأة المعارف ١٩٧٥ فقرة ٤٠٨ ص ٤٨٧.

(٣) مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية - العقود التجارية عمليات البنوك، الافلاس، دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦، فقرة ٥٥٥ ص ٤٩١.

(٤) على البارودى، المرجع السابق، فقرة ٤٠٩ ص ٤٨، ٤٨٩

المبحث الثاني
المقاصة الاختيارية والمقاصة القضائية

أولاً: المقاصة الاختيارية:

إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع هده المقاصة بحكم القانون، ولكنها قد تقع بالاختيار، بارادة أحد الطرفين، أو بارداتهما معا، وفقا لما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحدهما فقط، مثال ذلك أن يكون أحد الدينين غير مستحق الاداء بعد لعدم حلول الاجل الذى تقرر لمصلحة أحد الطرفين فقط، فيتنازل عنه ويتمسك بالمقاصة، أو قد قصد به مصلحتهما معا، مثال ذلك أن يكون الاجل مشترطا لمصلحة الطرفين، فيتفق على النزول عن الاجل لتقع المقاصة بينهما.

وفى جميع الاحوال لا ترتب المقاصة الاختيارية أثرها من حيث إنقضاء الدينين الا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها. كل هذا مع مراعاة حقوق الغير بالا تمس بها هذه المقاصة.

ثانيا: المقاصة القضائية:

هى المقاصة التى يجريها القاضى باستكمالة شرط الخلو من النزاع الذى افتقدته المقاصة القانونية. فاذا طلب دائن مدينه بالوفاء بما عليه، فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعى فيه بحق ينازعه خصمة فى وجودة أو مقداره، فلن تقع المقاصة القانونية لان أحد الدينين متنازع عليه، ولكن للمحكمة أن تفصل فى هذا النزاع، فان قضت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الدينين.

وعلى ذلك فان القاضى عندما يفصل فى النزاع حول وجود الحق أو مقداره. انما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية - ومتى توافرت هذه الشروط وقعت المقاصة بحكم القانون. ولذلك فان حكم القاضى كاشف لا منشئ للمقاصة ولكن المقاصة لا تقع الامن وقت الحكم، فمنذ ذلك الوقت فقط تكون شروط المقاصة القانونية قد توافرت.

ويشترط للادعاء بالمقاصة القضائية: أن ترفع به دعوى أصلية أو أن يطلب فى صورة طلب عارض يقدم بصحيفة تعلن إلى الخصم الآخر قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم وتثبت فى محضرها تطبيقا لنص المادة ١٢٣ من قانون المرافعات. وهذا الطلب لايجوز تقديمه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف اذ ذلك يعد من الطلبات الجديدة التى لا تقبل فى الاستئناف ويجوز عندئذ للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبولها طبقا لنص المادة ١/٢٣٥ من قانون المرافعات[1].

---

(١) نقض ١٩٩١/٥/٢٠ س ٤٢ ص ١٢٨٥

الفصل الرابع
اتحاد الذمة

تعريف: اتحاد الذمة هو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد. ويتضح من هذا التعريف الفارق الجوهري بين اتحاد الذمة والمقاصة. فالمقاصة تفترض شخصين بينهما التزامان، المدين في احدهما دائن في الاخر. أما اتحاد الذمة فهو يفترض وجود دين واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الاخر فيه.

أولا ـ حالات اتحاد الذمة:

اتحاد الذمة متصور بالنسبة لكل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية. كما أن اتحاد الذمة يقع بسبب الوفاة أو حال الحياة.

١- **اتحاد الذمة في الحقوق العينية:** مثل ذلك إذا توفى مالك الرقبة فورثة المنتفع[١]، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به، أو بالعكس[٢].

٢- **اتحاد الذمة في الحقوق الشخصية:** مثال ذلك أن يخلف الدائن المدين، أو يخلف المدين الدائن، لانه لا يجوز أن يكون الشخص دائنا لنفسه أو مدينا لها[٣].

٣- **اتحاد الذمة حال الحياة:** مثال ذلك شراء شركة السندات التى سبق لها اصدراها.

٤- **اتحاد الذمة بسبب الوفاة:** إذا توفى الدائن وكان الوارث مدينه. فانه يتلق الحق بالميراث، فتجتمع فيه صفتان المدين والدائن. كذلك إذا توفى المدين فورثه دائنه.

ثانيا ـ أثر اتحاد الذمة:

يترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، اذ لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه. لذلك نصت المادة ٣٧٠ على أن « الدين ينقضى بالقدر الذى اتحدت به الذمة».

اتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين ، من جراء اتحاد صفتي الدائن والمدين في ذات الشخص. ويتفرع على ذلك أنه اذا زال السبب الذى أفضى إلى اتحاد الذمة، كان لزواله أثر رجعي ، وعاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته النسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (م ٢/٣٧٠ مدنى) [٤].

---

(١) أنظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية بيروت ١٩٩٥، ص ٢٨٥، ٢٨٦

(٢) المرجع السابق، ص ٣٢٠

(٣) نقض ١٩٩٤/٤/٧ س ٤٥ ص ٦٥٢

(٤) نقض ١٩٩٢/١/٢٩ س ٤٣ ص ٢٥٦

الباب الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

ينقضي الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء بأحد أسباب ثلاثة وهي: الابراء، واستحالة التنفيذ، والتقادم المسقط.

الفصل الاول

الابراء

التعريف: الابراء تصرف قانوني بالارادة المنفردة به ينقضي الالتزام دون مقابل. ويتميز الابراء بخصيصتين:

١- ان الابراء يتم بالادارة المنفردة للدائن، فلا يشترط لحصول الابراء اتفاق الدائن والمدين، الا أن للمدين إذا رأى في الابراء مساسا بكرامته، أن يرده، ويترتب على الرد انعدام أثره وبقاء الالتزام قائما.

٢-الابراء يعتبر من أعمال التبرع، ولذا تسري في شأنه الاحكام الموضوعية للتبرعات. أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية، فلا يشترط في الابراء شرط خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل خاص فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان، كما لو أبرأ الموهوب له الواهب من التزامه الناشئ عن عقد الهبة والسبب في ذلك أن الابراء ليس ناقلا للحق، وانما هو سبب لانقضاء الالتزام.

ويترتب على الابراء انقضاء التزام المدين، فتنقضي تأميناته سواء كانت شخصية أو عينية.

الفصل الثانى

استحالة التنفيذ

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه (م ٣٧٣ مدنى)

وقد سبقت الاشارة إلى هذه القاعدة فى أكثر من موضع، ولذلك سنكتفى بالتذكرة بشروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ.

١- يشترط أن تكون الاستحالة تامة، فلا يكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا. اذ فى هذه الحالة يتعلق الامر برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول طبقا لنظرية الظروف الطارئة دون أن يؤدى إلى انقضائه.

٢- يشترط أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو خطأ الغير. أما اذا لم تكن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى، فان الالتزام لا ينقضى وان أصبح تنفيذه عينا مستحيلاً، ويتعين فى هذه الحالة الالتجاء إلى التنفيذ بمقابل.

وقد يظل المدين مسئولا عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبى، وذلك فى حالة ما إذا اتفق على التشديد من أحكام المسئولية التعاقدية بتحميل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م ٢١٧ مدنى).

وأخيرا يجب أن نشير إلى أن انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه يترتب عليه فى العقود الملزمة للجانبين، انقضاء الالتزام المقابل وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدنى) وذلك يعنى أن المدين فى الالتزام الذى استحال تنفيذه هو الذى يتحمل تبعية الاستحالة.

الفصل الثالث

التقادم المسقط

التعريف بالتقادم المسقط:

التقادم المسقط عبارة عن مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه فى المطالبة اذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه.

ويرجع اسقاط الحقوق بالتقادم إلى اعتبارات متعددة. فمنها ما يتعلق بالصالح العام وهو تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات فى شأن عقود أو وقائع لقدم العهد عليها مما يغلب معه فقد السندات الخاصة بها وبالتالى صعوبة الفصل فيها لتعذر معرفة وجه الحق فيها. ومنها ما يتعلق بمصلحة المدين واهمال الدائن، ذلك أن فى السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين إلى ما لا نهاية بل احتفاظه بها طوال مدة سريان التقادم فحسب فان انقضت هذه المدة كان له اعدام هذه المخالصة (أى سند الوفاء) وهو مطمئن إلى أنه لن يضطر للوفاء للدائن مرة ثانية. كما أن تقرير سقوط حق الدائن بالتقادم يؤدى إلى منع تراكم الديون على المدين وهو أولى بالرعاية من الدائن الذى أهمل فى المطالبة بحقه.

ولمعرفة الاعتبار الذى بنى عليه التقادم أهمية كبرى فى تحديد مدى حق المدين في التمسك بالتقادم، فاذا كان مبنى التقادم هو قرينة الوفاء فلن يستطيع المدين التمسك به إذا كان قد إعترف بعدم الوفاء أو بدأ بانكار وجود الدين حيث ان هذا الانكار يتضمن الاعتراف بأنه لم يوف به. أما إذا كان مبنى التقادم هو تجنب المنازعات التى يصعب الفصل فيها، أو فكرة منع تراكم الديون على المدين، فإن للمدين أن يتمسك بالتقادم ولو أنه إعترف أنه لم يعرف بالدين أو بدأ بانكار وجوده.

خطة الدراسة:

ولدراسة التقادم نبدأ أولا بدراسة مدة التقادم وكيفية احتسابها، ثم ندرس بعد ذلك أثر التقادم.

المبحث الأول

مدة التقادم وكيفية احتسابها

وفي هذا الصدد ندرس القاعدة العامة في التقادم المسقط، ثم ندرس الحالات التي يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر، ثم نتعرف بعد ذلك كيفية احتساب هذه المدة.

المطلب الأول

مدة التقادم

وهنا نعرض للقاعدة العامة للتقادم المسقط، ثم نعقبها بعرض الحالات التي يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر.

أولاً - القاعدة العامة: التقادم المسقط بخمس عشر سنة:

القاعدة هي أن الالتزام يتقادم بمضي خمس عشرة سنة ما لم ينص القانون استثناءً على مدة أخرى (م ٣٧٤ مدني).

ولهذا التقادم أساس مزدوج يستند إلى فكرتي الصالح العام والصالح الخاص في نفس الوقت. فنتيجة للاعتبار الاول الذي مبناه تجنب نظر المنازعات التي قدم عليها العهد لتعذر الفصل فيها، نجد أنه لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه (م ١/٣٨٨) كما أنه يصح التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م ٢/٣٨٧). ونتيجة للاعتبار الثاني، والذي مبناه قرينة الوفاء، نجد أنه لا يقع التقادم بقوة القانون، بل يجب أن يتمسك من له مصلحة فيه (م ١/٣٨٧)، وأنه يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي بالرغم من انقضاء الالتزام المدني بالتقادم (م ١/٣٨٦)، وأنه يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه (م ٢/٣٨٨).

وإلى جانب هذا التقادم العادي توجد حالات يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر من ذلك.

ثانيا - التقادم القصير:

قد تضمنت المواد ٣٧٥ - ٣٧٩ من التقنين المدني على أنواع ثلاثة من التقادم القصير، التقادم بخمس سنوات، والتقادم بثلاث سنوات، والتقادم بسنة واحدة.

١- التقادم الخمسي

يسري التقادم الخمسي على ثلاثة أنواع من الحقوق وهي:

أ ـ الحقوق الدورية المتجددة: ويقصد بالدورية أن الدين يستحق في مواعيد متتالية . والمقصود بالتجدد أن الحق يستحق في موعده الدوري إلى ما لا نهاية مادام مصدره قائما[1]، ودون أن يؤدي ذلك إلى انتقاص الاصل، مثال ذلك الفوائد.

وقد ذكرت المادة ٣٧٥/١ من الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والاراضي الزراعية والفوائد، والايرادات والمهايا والاجور والمعاشات وهذا التعداد قد ورد على سبيل المثال لا الحصر.

وأساس التقادم في هذه الحالة هو منع تراكم هذه الديون على المدين. وذلك حتى لا يجبر على أداء هذه الديون من رأس ماله بدلا من ريعه فيما لو تراكمت عليه لمدة أطول من خمس سنوات. ويترتب على ذلك أنه يجوز للمدين أن يدفع بالتقادم الخمسي حتى ولو بدأ بانكار مديونيته، أو كان قد أقر بها، بشرط الا يتضمن الاقرار معنى التنازل عن التمسك بالتقادم.

وقد استثنى المشرع من نطاق الحقوق الدورية المتجددة، الريع المستحق في ذمة الحائز سيئ النية والريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين. فهذه الديون ليست من الديون الدورية المتجددة، وان بدت كذلك في الظاهر، ولذلك أجرى في شأنها القاعدة العامة وهي سقوط الحق في المطالبة بانقضاء خمس عشرة سنة.

ب ـ حقوق بعض اصحاب المهن الحرة:

«تتقادم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات» (م ٣٧٦ مدني).

وتعداد هذا النص لاصحاب المهن الحرة وارد على سبيل الحصر. ولذلك أصحاب المهن الحرة الذين لم يرد ذكرهم فلا تسقط حقوقهم الا بمضي ١٥ سنة طبقاً للقواعد العامة مثل حق المؤلف قبل الناشر.

وأساس التقادم الخمسي هنا هو قرينة الوفاء، ولذلك لا يجوز للمدين التمسك بهذا التقادم إذا أتى عملا يتنافى وهذه القرينة وهذا التقادم يستند أيضاً إلى اعتبار هام هو ما جرت به العادة من عدم تحرير سندات مثبتة لهذه الحقوق وبالتالي من عدم

---

(١) نقض ١٨/٢/١٩٩١ س ٤٢ ص ٥٠٧ سواء كان ثابتا أو تغير مقداره من وقت لأخر (مثال في الاجر الاضافي)

(٢) انظر نص المادة ٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

تحريـــر مخالصات مثبتة للوفاء بها . وذلك إذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يـــتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة لانه لو حرر سند مثبت للحق، فستحرر غالبا مخالصة تثبت الوفاء به (٢/٣٧٩ مدني) .

٢- التقادم الثلاثي:

يسري التقادم الثلاثي علي الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وإذا استوفت الدولـــة ضـــريبة أو رســـما بغير حق، أو زيادة عما هو مستحق، سقط الحق في استـــرداد ما دفع بغير حق بالتقادم الثلاثي أيضا (م ٣٧٧ مدني) وهذا كله إلا إذا تضـــمنت القوانيـــن الخاصة أحكاما أخرى . وفي تشريعات لاحقة جعل المشروع الـــتقادم الخمســـي هـــو القاعدة العامة في تقادم الضرائب والرسوم . أما الحق في اســـترداد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق، فلا زالت القاعدة العامة بشأنه هـــي قـــاعدة التقادم الثلاثي، مع عدة استثناء وردت في قوانين خاصة جعلت مدة التقادم سنتين .

وأســـاس تقـــادم حق الدولة في الضرائب والرسوم هو عدم ارهاق المدين واثقـــال كاهله بتراكم الديون عليه، لذلك يجوز التمسك به ولو بدأ المدين بالمنازعة في التزامه بها أو اقر انه لم يوف بها، أما تقادم الحق في استرداد ما دفع بغير حق مـــن رســـوم أو ضـــرائب فانه يقوم علي الرغبة في ضمان حسن انتظام حسابات الدولة وميزانيتها .

٣- التقادم الحولي :

نصت المادة ٣٧٨ علي طوائف ثلاث من الحقوق تتقادم بسنة واحدة هي:

١- حقـــوق الـــتجار والصـــناع عـــن أشياء وردها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء.

٢- حقـــوق أصـــحاب الفـــنادق والمطـــاعم عن اجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

٣- حقوق العمال والخدم والإجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

أساس هذا التقادم هو قرينة الوفاء – علي النحو السابق بيانه بصدد أصحاب المهـن الحـرة .. وهـذا القرينة قرينة ضعيفة لذلك يتعين علي القاضي أن يكملها بيمين الاستيثاق. واليمن يوجهها القاضي إلى المدين من تلقاء نفسه. وإذا نكل عنها المديـن ألـزم بالوفاء رغم مضي السنة ورغم تمسكه بالتقادم. وإذا توفي المدين، فـتوجه اليميـن إلى ورثـته أن كانوا راشدين، أو إلى اوصيائهم أن كانوا قصرا، فيحلفون علي انهم لا يعلمون بوجود الدين أو علي انهم يعلمون بحصول الوفاء .

٤- تقادم الحقوق الناشئة من الأوراق التجارية :

– نظم القانون التجاري الجديد الدعاوى المتعلقة بالكمبيالة في المواد ٤٦٥-٤٦٧. فتـنص المادة ٤٦٥ تجاري جديد علي أن :" ١- تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمـبيالة تجـاه قابـلها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق " ." ٢- تتقادم دعـاوى الحـامل قـبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحـرر فـي الميعـاد القانوني أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة علي شـرط الـرجوع بـلا مصاريف " . " ٣- وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم الـبعض وقبل الساحب بمضي ستة اشهر من اليوم الذي أوفي فيه المظهر الكمبيالة أو من يوم إقامة الدعوى عليه .

كمـا تنص المادة ٤٦٦ تجاري جديد علي انه :" ١- إذا أقيمت الدعوى فلا تسـري مـدد التقادم المنصوص عليها في المادة السابقة إلا من تاريخ آخر إجراء صحيح في الدعوى " . "٢- كما لا يسري التقادم المذكور إذا صدر حكم بالدين أو أقـر بـه المديـن في سند مستقل إقرارا يترتب عليه تجديد الدين " . (قارن نص المادة ٢/٣٨٤ مدني) .

وأخيـرا تنص المادة ٤٦٧ تجاري جديد علي انه : " لا يكون لانقطاع المدة المقـررة لـتقادم الدعوى اثر إلا بالنسبة إلى من اتخذ قبله الإجراء القاطع معمدة " (قارن المادة ٢/٢٩٢ مدني) .

– بالنسبة للسند الأذني نصت المادة ٤٧٠ تجاري جديد علي أن تسري عليه أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته ، وتسـري بوجـه خـاص

الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية ... التقادم ".

- بالنسبة للشيك نظم القانون التجاري الجديد أحكام التقادم الخاصة به في المادة ٥٣١-٥٣٢ . فنصت المادة ٥٣١ تجاري جديد علي أن : " ١- تتقادم دعاوى رجوع حامل الشيك علي الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمة الشيك بمضي ستة اشهر من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه " " ٢- وتتقادم دعوى حامل الشيك علي المسحوب عليه بمضي ثلاث سنوات من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه " " ٣- وتتقادم دعاوى رجوع الملتزمين بعضهم علي البعض الأخر بمضي ستة اشهر من اليوم الذي أوفى فيه الملتزم قيمة الشيك أو من يوم مطالبته قضائيا بالوفاء " " ٤- إذا أقيمت الدعوى فلا تسري مدة التقادم المنصوص عليها في الدعوى " " ٥- ولا تسري مدة هذا التقادم إذا صدر حكم بالدين أو اقر به المدين بسند منفردا إقرارا يترتب عليه تجديده " " ٦- تسري علي انقطاع هذا التقادم أو وقفه الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني ".

وتنص المادة ٥٣٢ تجاري جديد علي انه " يجوز لحامل الشيك رغم تقوم المطالبة بقيمة أن يطالب الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه ثم استرده كله أو بعضه يرد ما اثري به بغير وجه حق . وكذلك يجوز للحامل توجيه هذه المطالبة إلى كل مظهر يحقق اثراء بغير وجه حق ".

- ويلاحظ أن المادة ٦٨ نصت علي القاعدة العامة للتقادم المسقط والتي تقابل نص المادة ٣٧٤ مدني وغايرت في الحكم حيث تنص علي أن " تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلق بمعاملاتهم التجارية، بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون علي خلاف ذلك، وكذلك يسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى ".

ومــن جانبــنا لا نــري مبررا لهذه المغايرة في الحكم بين الالتزامات المدنية والالتزامات التجارية، خاصة وأن المشرع نص في المادة ٥/٦٧ علي أن " تتقــادم دعــوى المســئولين (مســئولية منتج السلعة وموزعها وهي مسئولية تقصيرية) بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عــنه . وتســقط هذه الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشــروع " أي دون مغايــرة فــي الحكــم عند القواعد العامة في القانون المدني والــواردة فــي نص المادة ١٧٢ منه والمتعلقة بتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع .

المطلب الثاني

كيفية احتساب المدة

يــثير موضــوع كيفية احتساب مدة التقادم عدة مسائل منها ما يتعلق بالقاعدة العامــة فــي احتساب المدة، وتحديد بدء سريان التقادم، وما قد يعرض لمدة التقادم أثناء سريانها من أسباب الوقف أو الانقطاع. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولا – القاعدة العامة في احتساب المدة :

حســاب مدة التقادم يكن علي أساس التقويم الميلادي (م٣ مدني) والمدة تحسب بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول، وهو يوم استحقاق الدين، وتنتهي المدة بانقضاء اليوم الأخير منها (م٣٨٠ مدني).

ثانيا : بدء سريان التقادم :

لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الديــن مستحق الأداء (م١/٣٨١ مدني)، أي من الوقت الذي يجوز فيه المطالبة به، إذ منذ ذلك اليوم فقط يمكن القول أن الدائن قد سكت عن المطالبة.

وعلى ذلك إذا كان الدين معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل واقف فلا يبدأ سريان التقادم إلا من وقت تحقق الشرط أو انتهاء الأجل (م١/٣٨١ مدني) [١]
وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، كما هو الحال لو اتفق على أن يرد المقترض مبلغ القرض عند الطلب سرى التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته (م ٢/٣٨١ مدني) أي في الأصل ، من يوم نشوء الالتزام ما لم يقم الدليل على أنه لم يكن في استطاعة الدائن أن يطالب بالدين إلا في تاريخ لاحق فيسري التقادم من ذلك التاريخ .

إذا كان الدائن على علاقة مستمرة بالمدين من شأنها أن تنشئ له حقوقاً متعاقبة، فإنه إذا اكتمل للدائن حق قائم بذاته فإن احتساب مدة سقوطه بالتقادم يبدأ من وقت استحقاقه مستقلاً عما ينشأ له من حقوق أخرى ، ومن ذلك حقوق أصحاب المهن الحرة (م ٣٧٩/ مدني) والحقوق التي تسقط بمدة سنة واحدة (م ٣٧٨/ مدني) فمثلاً إذا قام طبيب العائلة بعلاج مريضين في أسرة واحدة على التوالي ترتب له دينان قائمان بذاتهما . ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلاً لا يتجزأ ولا يصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء إلا بعد انتهاء هذه العيادة . وكذلك إذا قام تاجر بالتوريد لعميل له ، كان الأمر متوقفاً على ما جرت عليه العادة في استحقاق ثمن توريداته ، كل يوم كل أسبوع أو كل شهر على حسب الأحوال [٢] .

ثالثاً : وقف التقادم

١ – **تعريفه** : يقصد بالوقف أن يتعطل سريان التقادم مدة ما بسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه على أن يعود التقادم سيرته الأولى متى زال هذا المانع . أي أن الفترة التي يقف التقادم أثنائها لا تحتسب في مدة التقادم .

والعلة من وقف التقادم هي عدم استطاعة الدائن المطالبة بحق لوجود مانع فمن العدل إذن عدم سريان التقادم ضده .

٢ – **أسبابه** :

أ – **سبب عام أيا كانت مدة التقادم** [٣] ، وهو أن التقادم يوقف كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن المطالبة بحقه [٤] . هذا المانع قد يكون مانعاً مادياً ،

---

(١) نقض ١٩٩١/٢/٢٥ س ٤٢ ص ٥٦١ .

(٢) أنظر في ذلك أنور سلطان ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧٢ ص ٤٠٤ ؛ وأنظر نقض ١٩٧٣/٦/٢٨ س ٢٤ ص ٩٨٨ ، ١٩٨٤/٣/٢٨ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٤ ق .

(٣) نقض ١٩٩٣/١/٢٦ س ٤٤ ص ٣٠٩ .

(٤) تقرير قيام المانع الموقف لسريان التقادم مما يستقل به محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضائها على أسباب سائغة تكفي لحمله >> نقض ١٩٩٣/١/٢٦ السابق الإشارة إليه .

كقيام حرب أو ثورة تحول دون اتخاذ الإجراءات القضائية للمطالبة بالحقوق ، ولا يشترط في المانع المادي أن يرقى إلى مرتبة القوة القاهرة . وقد يكون مانعاً قانونياً أو مادياً [1] كعلاقة الابن بأبيه ، والزوج بزوجته أثناء قيام الزوجية ، وعلاقة السيد بخادمه ، وعلاقة العامل برب العمل .

ب – سبب خاص بالتقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات : فيوقف التقادم إذا كان الدائن غير كامل الأهلية أو غائباً أو محكوماً عليه في جناية ، ما دام ليس له نائب يمثله قانوناً . والعلة في تقرير هذا الحكم أن الدائن ليس لديه في هذه الحالات من حسن الإدراك أو من الوسائل المادية ما يمكنه من المطالبة بحقوقه . أما بالنسبة للتقادم لخمس سنوات فأقل فقد رأى المشرع أن الاعتبارات التي حدت به إلى تقصير المدة اللازمة لسقوط الحق أولى بالتفضيل من مصلحة الدائن في هذه الأحوال .

٣ – أثره : يترتب على وقف التقادم تعطيل سريانه أثناء الفترة التي تحقق فيها سبب الوقف ، ولذلك لا تدخل هذه الفترة في حساب مدة التقادم ، بمعنى أنه يقتصر في احتساب مدة التقادم على الفترة السابقة على قيام سبب الوقف بالإضافة إلى الفترة اللاحقة لزوال السبب .

رابعاً : انقطاع التقادم

١ – تعريفه : انقطاع التقادم هو إلغاء أو محو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لإجراء يتخذه الدائن أو إقرار يصدر من المدين . على أن تبدأ مدة تقادم جديد من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع .

٢ – أسبابه :

أ – أسباب ترجع إلى الدائن :

أولاً – المطالبة القضائية : ويقصد بها مطالبة الدائن مدينه أمام القضاء بالحق الذي له في ذمته ، سواء بدعوى مبتدأة أو بمطالبته بحقه في أثناء السير في

---

(1) نقض ١٩٩٣/٢/١٦ س ٤٤ ص ٦٠٥ ، المانع الأدبي الذي يقف به سريان التقادم يمكن أن يقوم على أسباب تتعلق بشخص الدائن أو على ظروف عامة يتعذر فيها المطالبة بحقه>> ومن أمثلة هذه الأخيرة الظروف السياسية التي كانت تسود البلاد ، ومن أمثلة الأسباب المتعلقة بشخص الدائن ظروف المضرور النفسية والعصبية التي لازمته حتى رفع الدعوى ، نقض ١٩٩٤/١٢/٦ س ٤٥ ص ١٥٤٦ ، والأسباب التي يوردها قاضي الموضوع لإثبات قيام المانع أو نفيه تخضع لرقابة محكمة النقض ، نقض ١٩٩٤/١٢/٦ السابق الإشارة إليه . وتقدير زوال المانع كسبب لوقف التقادم من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة نقض ١٩٩٤/١٢/٨ س ٤٥ ص ١٥٦٧ .

احدى الدعاوى. ولابد أن تنصب المطالبة على الحق المراد اقتضاؤه ذاته[1]. ولذلك لا تكفى المطالبة القضائية أمام قاضى الامور المستعجلة، ولا يكفى أن يرفع الدائن الدعوى غير المباشرة على مدين، أو دعوى الصورية، أو الدعوى البوليصية، لان فى جميع هذه الدعاوى لا يطالب الدائن بحقه ذاته.

والمطالب القضائية من جانب الدائن بحقه تقطع التقادم ولو كان قد رفع دعواه إلى محكمة غير مختصة[2]. ويبدأ التقادم الجديد بعد صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص. وعلى العكس من ذلك المطالبة القضائية الباطلة لعيب شكلى فى اعلان صحيفة الدعوى لا تؤدى إلى انقطاع التقادم. كما يزول كل أثر للمطالبة القضائية بترك الدائن للخصومة وبالحكم بسقوطها[3].

يتضح من ذلك أن إنقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية (م ٣٨٣ مدنى) يستلزم أن تكون هذه المطالبة صحيحة شكلا وموضوعا،وهذا لا يتحقق إلا بصدور حكم نهائى فيها باجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه. أما إذا انتهت بغير ذلك، فالحكم بعدم قبولها مثلا، يزول أثرها فى الانقطاع ويعتبر التقادم الذى بدأ فيها مستمراً لم ينقطع[4].

ثانياً – التنبيه والحجز: والتنبيه بالوفاء هو تكليف المدين على يد محضر بأداء ما هو مطلوب منه، وانذاره باجراء التنفيذ الجبرى اذا لم يقم بأدائه ويترتب على هذا التنبيه قطع التقادم ولو لم يعقبه حجز أو قضى ببطلان الحجز الذى أعقبه.

ويترتب على الحجز ذاته قطع التقادم. وتظهر أهمية ذلك بالنسبة للحجز التحفظى الذى لا يلزم أن يكون مسبوقا بتنبيه لعدم وجود سند تنفيذى بيد الدائن. كما أنه تظهر أهميته فى الحجز التنفيذى إذ أنه يترتب على الحجز الذى يعقب التنبيه قطع التقادم الجديد الذى بدأ بعد حصول التنبيه.

ثالثا – الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسة مدينه ، وذلك بتسليم سند دينه إلى المحكمة مع بيان ما يطلبه طبقا للمادة ٦٥٠ ، ٦٥١ من القانون التجاري الجديد . كما

---

(١) نقض ١٩٩٢/٢/٢٥ س ٤٣ ص ٣٨٥، فتكون قاطعة للتقادم فى خصوص هذا الحق وحده وتوابعه. مؤدى ذلك دعوى التعويض عن الضرر الشخصى لا تقطع التقادم بالنسبة لطلب التعويض الموروث لاختلاف موضوعهما حيث أن التعويض الموروث والذى نشأ حق المورث فيه بمجرد إصابته وأصبح جزء من تركته بعد وفاته يختلف عن التعويض عن الضرر الشخصى المباشر

(٢) نقض ١٩٩١/٥/٨ س ٤٢ ص ١٠٢٥ «رفع الحائز دعواه أمام القضاء المستعجل طالبا حيازته، قاطع للمدة ولو صدر حكم القضاء المستعجل بعدم الاختصاص»

(٣) نقض ١٩٩٣/١/٣١ س ٤٤ ص ٤٠٣

(٤) نقض ١٩٨٦/٣/٦ س ٣٧ ص ٢٩٩

ينقطع التقادم أيضا بتقدم الدائن بحقه للاشتراك فى توزيع ما نتج عن التنفيذ على مال للمدين.

ب ـ أسباب ترجع إلى المدين: الاقرار بحق الدائن

ينقطع التقادم اذا أقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا أو ضمنيا. ومثال الاقرار الضمنى أن يقوم المدين بدفع جزء من الدين. والاقرار القاطع للتقادم هو الاقرار الذى يصدر من المدين قبل استكمال المدة. ويجب أن يكون خاليا من اللبس وبصورة لا غموض فيها وتكشف عن نية المدين في الاعتراف بالدين[1].

٣- أثر انقطاع التقادم:

ويترتب على انقطاع التقادم الغاء أو محو المدة السابقة، ويبدأ احتساب المدة من جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع. والاصل أن يكون التقادم الجديد مماثلا من حيث طبيعته ومدته للتقادم الاول الذى انقطع (م ١/٣٨٥ مدنى) ولكن يستثنى من هذه القاعدة حالتان نصت عليهما المادة ٢/٣٨٥ مدنى:

أ ـ اذا كان التقادم مما يسقط بسنة واحدة وانقطع التقادم باقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة.

ب ـ اذا كانت مدة التقادم الاصلى أقل من ١٥ سنة، وانقطع التقادم بالمطالبة القضائية، ثم حكم للدائن وحاز الحكم قوة الامر المقضى، أى أصبح نهائيا، فان حق الدائن لا يسقط بعد ذلك الا بمضى ١٥ سنة [2] ما لم يكن الدين المحكوم به متضمنا لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الاداء الا بعد صدور الحكم ، فان مدة التقادم بالنسبة لها تظل ٥ سنوات من يوم استحقاقها. مثال الحكم على المستأجر بدفع المتجمد من الاجرة بعدما تفصل الحكمة فى مقدارها المتنازع عليه، وبالزامه دفع ما يستجد منها فى المستقبل فى مواعيده الدورية، فى هذه الحالة لا يسقط حق المؤجر فى المتجمد من الاجرة إلا بمضى ١٥ سنة من تاريخ الحكم، أما ما يستحق من الاجرة بعد صدور الحكم، فلازال دينا دوريا متجددا، فيسقط بمضى ٥ سنوات من تاريخ استحقاقه.

---

(١) نقض ١٩٩٢/٤/١٩ س ٤٣ ص ٦١٣
(٢) نقض ١٩٨٥/١٢/٣٠ س ٣٦ ص ١٢٤١ - ١٢٤٢

المبحث الثاني
أثر التقادم

الاحكام المنظمة لأثار التقادم تعكس الاعتبارات التى يقوم عليها هذا التقادم. وهذا ما سوف نراه فى هذا المطلب.

أولا - وجوب التمسك بالتقادم ممن له مصلحة فيه:

القاعدة أن الالتزام لا ينقضي بمجرد استكمال مدة التقادم بل يجب التمسك به من ذوى الشأن فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها (م٣٨٧/١ مدنى)[1] هذا يعكس ما يقوم عليه التقادم من مراعاة المصلحة الخاصة لذوى الشأن لا المصلحة العامة. فالتقادم ليس سببا حقيقيا من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مجرد وسيلةلقطع حق المطالبة به مما قد يترتب عليه سقوط الالتزام رغم أن الدائن لم يستوف حقه، ولذلك وجب أن يترك الامر فيه إلى ضمير ذوى الشأن.

والتمسك بالتقادم يكون أساسا للمدين، ويجب أن يدفع به بعبارة واضحة لا تحتمل الابهام[2]، وإذا تمسك المدين خطأ بنوع معين من التقادم لايجوز للمحكمة أن تقضى بسقوط حق الدائن على أساس توافر شروط نوع آخر من التقادم ما دام المدين لم يتمسك به[3].

وإذا تعدد المدينون المتضامنون وكانت مدة التقادم قد اكتملت بالنسبة لاحدهم فلباقى المدينين التمسك بالتقادم بقدر حصة ذلك المدين (م ٢٩٢/١ مدنى). إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فان أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به[4]. إذا كان المدين معسراً أو كان عدم تمسكه بالتقادم مما يؤدى إلى إعساره، كان لدائنيه أن يتمسكوا بالتقادم باسمه عن طريق الدعوى غير المباشرة.

حدلك يجوز لكل ذى مصلحة التمسك بالتقادم باسمه شخصيا (م ٣٨٧ مدنى) وعلى ذلك يجوز للكفيل اذا ما طالبه الدائن بالوفاء أن يدفع بانقضاء دين المدين، حتى ينقضى التزامة بالتبعية، وأيضاً يجوز لحائز العقار المرهون أن يدفع بتقادم الالتزام المضمون بالرهن، فيمنع الدائن المرتهن من التنفيذ على عقاره.

---

(١) نقض ١٩٩١/٣/١١ س ٤٢ ص ٦٩٩
(٢) نقض ١٩٨٢/٦/٣ س ٣٣ ص ٦٢٢، ١٩٨٩/٢/١٦ الطعن رقم ١١٣ سنة ٥٥ ق
(٣) قارن نقض ١٩٨٧/١٢/٢٩ الطعن رقم ٩٤٨ س ٥٢ ق.
(٤) ١٩٦٨/٤/٢ س ١٩ص ٦٨٩، ١٩٨١/١٢/٢٨ س ٣٢ ص ٢٤٥٢

والتمسك بالتقادم يعتبر دفعا موضوعيا يجوز ابداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى. ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية لكن لايجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لانه يعتبر فى هذه الحالة دفع جديد لم يعرض على محكمة الموضوع، وهو ما لايجوز[1] والنزول عنه لايفترض ولا تؤخذ بالظن[2].

ثانياً – وقت انقضاء الالتزام بالتقادم

اذا اكتملت مدة التقادم، وتمسك به المدين، انقضى الالتزام. ويعتبر الالتزام قد انقضى من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته أى أن للتقادم أثرا رجعيا. وقد أورد المشرع تطبيقاً لهذه القاعدة فى المادة ٢/٣٨٦ التى نصت على أنه « اذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات» فلولا الاثر الرجعى للتقادم ، أى لو اعتبر الدين منقضيا من وقت تمام مدة التقادم فحسب، لوجب على المدين دفع فوائد السنوات الخمس الاخيرة، باعتبار أن أصل الدين كان قائما فى هذه الفترة، وهو ما استبعده المشرع بالتطبيق للأثر الرجعى للتقادم.

ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى (م ١/٣٨٦ مدنى).

ثالثاً – النزول عن التقادم :

يجوز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه[3].[4] ولكن أثر هذا النزول نسبى، فهو لا يتعدى المتنازل نفسه إلى ذوى المصلحة الاخرين الذين يجوز لهم التمسك بالتقادم باسمهم شخصيا. فيجوز للكفيل وحائز العقار التمسك بالتقادم رغم نزول المدين. بل ان المادة ٢/٣٨٨ قد اجازت، استثناءً للدائنين أن يطعنوا فى

---

(١) نقض ١٩٩١/٣/١١ س ٤٢ ص ٦٩٩

(٢) نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ س ١٤ ص ٣٩٨، ١٩٧٤/٢/٢٦ س ٢٥ ص ٤٢٨

(٣) نقض ١٩٦٩/١/٣٠ س ٢٠ ص ٢١٠ ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم نقض ١٩٧٥/٢/١٨ س ٢٦ ص ٤٢٩ « إستخلاص النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا تعقيب عليه فى ذلك من محكمة الطعن ما دام استخلاصه سائغا.

(٤) نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ س ٢٩ ص ١٩٧٧ «النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها وبعد ثبوت الحق فيه ولما كان النزول لا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحه بأى تعبير عن الارادة يفيد معناه، فانه يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الارادة بوضوح لا غموض فيه» أنظر أيضا نقض ١٩٩٤/٢/١٧ س ٤٥ ص ٣٧٩.
نقض ١٩٧٨/١/١٠ س ٢٩ ص ١٣٨ لكن لا يجوز النزول ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه الا من شخص يملك التصرف فى حقوقه»
نقض ١٩٨١/٦/٢٤ س ٣٢ ص ١٩٣٥، ١٩٨٤/١٢/٣٠ الطعن رقم ١٤٧٧ سنة ٥١ ق

تنازل المدين عن التقادم بالدعوى البوليصية بالرغم من أن هذا التصرف من جانب المدين ليس تصرفا مفقرا اذ هو لا ينقص من حقوقه المالية، ولا ينشئ التزاما جديدا، ولكن رأى المشرع أن مثل هذا العمل من جانب المدين المعسر ظاهر العنت. ولم يشترط القانون الغش من جانب المدين لجواز الطعن بهذه الدعوى.

أما قبل ثبوت الحق فيه يعتبر التقادم رخصة، أى حقاً إحتمالياً، وبالتالى لا يجوز النزول عنه لكن السماح بالنزول عنه بعد ثبوت الحق فيه يتسق مع طبيعته حيث أنه يؤدى إلى إنقضاء حق الدائن بالرغم من عدم إستيفاءه. ولذلك أراد المشرع أن يترك دائما الباب مفتوحاً أمام المدين ليحتكم إلى ضميره، فإذا كان له الا يتمسك أصلاً بالتقادم فله أيضاً أن ينزل عنه قبل أن يتم لكن يقتصر هذا النزول فى هذه الحالة عن المدة فقط[1] وأجيز له أخيراً النزول عنه بعد ثبوت الحق فيه.

رابعاً – الاتفاقات المعدلة لمدد التقادم

القاعدة أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (م ١/٣٨٨ مدنى) وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم التى حددها القانون لأى نوع منه[2].

خامساً – التفرقة بين التقادم ومواعيد السقوط:

من المواعيد التى نص عليها المشرع ما لا ينصرف إليها احكام التقادم السابق الاشارة إليها، ويصدق عليها اسم مواعيد السقوط وقد أثارت طبيعة هذه المواعيد الخلاف فى الفقه، فمن الشراح من ينظر إليها كنوع معين من التقادم يخضع لاحكام خاصة. ومنهم وهم الاغلبية من يفرق بينها وبين التقادم بالمعنى المعروف، نظراً لما بينهما من أوجه خلاف، من أهمها أن ميعاد السقوط لا يقبل الوقف ولا الانقطاع، وعلى القاضى أن يراعى ميعاد السقوط من تلقاء نفسه، ولا يجوز التنازل عنه ولو بعد ثبوت الحق فيه. ولا يتخلف عنه التزام طبيعى، وليس له أثر رجعى.

ومن أمثلة مواعيد السقوط ميعاد السنة الواجب رفع دعوى الاستغلال فيه وإلا كانت غير مقبولة (م ٢/١٢٩ مدنى) والمواعيد التى يجب فيها على الشفيع أن يعلن رغبته فى الاخذ بالشفعة، وأن يرفع دعواه على البائع والمشترى وإلا سقط حقه فى الشفعة (م ٩٤٠ مدنى).

تم بحمد الله

---

(١) نقض ١٩٦٩/١/٣٠ س ٢٠ ص ٢١٠ هذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس إعتباره إقراراً من المدين بحق الدائن.
(٢) نقض ١٩٧٠/٢/٣ س ٢١ ص ٢٢٧.

محتويات الكتاب

القسم الاول

آثار الالتزام

الباب الاول

أثر الالتزام بوجه عام

الفصل الثاني: الوسائل العامة لضمان التنفيذ ٩٣

المبحث الاول: حق الضمان العام للدائنين ٩٣

المطلب الاول: خصائصه ونطاقه ووسائل المحافظة عليه ٩٣

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق الضمان العام ١٠٠

الباب الثاني

الباب الثالث